



Roj: STSJ MAD 8560/2012
Id Cendoj: 28079330102012100459
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 10
Nº de Recurso: 431/2012
Nº de Resolución: 498/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: FRANCISCA MARIA DE FLORES ROSAS CARRION
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima C/ Génova, 10 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2012/0004153

Recurso de Apelación 431/2012

Recurrente : D. Geronimo

LETRADO Dña. MARIA SPINA CARRERA

Recurrido : ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO y Delegación de Gobierno Comunidad de Madrid. Mº de Política Territorial y Admón. Pública

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 498/2012

Presidente:

Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

Dña. Mª JESUS VEGAS TORRES

En la Villa de Madrid, a 4 de julio de 2012.

Visto por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida por las Magistrados anotadas al margen, el presente recurso de apelación, número **431/2012**, que ha sido interpuesto por don Geronimo , representado y dirigido por la Letrado doña María Spina Carrera, contra la sentencia dictada en fecha de 27 de septiembre de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 12 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 58/2009 de su registro.

Ha sido parte apelada la Administración del Estado, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Don Geronimo interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid con fecha de 25 de noviembre de 2008.

Por sentencia dictada en fecha de 27 de septiembre de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 12 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 58/2009 de su registro, se desestimó el recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO .- Notificada la sentencia, don Geronimo interpuso recurso de apelación del que, una vez admitido a trámite, se dio traslado a la parte apelada para que pudiera formular escrito de impugnación.

TERCERO.- Remitidos los autos y el expediente administrativo a la Sala, y no habiéndose solicitado el recibimiento de la apelación a prueba, la celebración de vista, ni la presentación de conclusiones, se señaló para deliberación y fallo el día 27 junio de 2012, fecha en que tuvo lugar, con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Ha sido Magistrado Ponente doña FRANCISCA ROSAS CARRION, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Don Geronimo , nacional de Perú, ha interpuesto el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha de 27 de septiembre de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 12 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 58/2009 de su registro, mediante la que se desestimó el recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid con fecha de 25 de noviembre de 2008, por la que se desestimó el recurso de reposición deducido contra resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 8 de julio de 2008, en la que, en aplicación del artículo 75.2.c) del Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre , se acordó extinguir la autorización de residencia temporal y trabajo concedida el 16 de enero de 2008, al estimarse que habían desaparecido las circunstancias que sirvieron de base para su concesión, lo que se consideró concurría conforme al supuesto reglamentario de no existir constancia de que la persona autorizada inicialmente a residir y trabajar en España hubiera sido afiliada y/o dada de alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde su entrada en España y, en todo caso, antes del momento de la solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero.

El recurrente había solicitado en su demanda la revocación de la resolución recurrida, alegando que la extinción de la autorización concedida era exclusivamente imputable a la empresa contratante, "ARQUITECTURA PREVENTIVA INTEGRAL, S.A.", porque, al haber desconocido el contrato de trabajo y al no haberle dado de alta en la Seguridad Social, incurrió en incumplimiento precontractual, tal y como declaró la Inspección de Trabajo, no pudiendo ser sancionado por ello el recurrente, máxime cuando a partir del 23 septiembre 2008 la empresa siguió contratando trabajadores, a lo que añadió que en el artículo 7 del Convenio de Doble Nacionalidad suscrito el 16 mayo 1959 entre el Reino de España y la República del Perú, se les reconoce a sus respectivos nacionales el derecho a ejercer oficios y profesiones y a gozar de protección laboral y de seguridad social, por lo que, al habersele concedido al apelante la autorización de residencia y trabajo, podía trabajar en cualquier ámbito geográfico nacional y en todas las actividades o sectores sin restricción, como efectivamente hizo.

La sentencia de instancia, tras enumerar y transcribir diversos artículos de la Ley Orgánica de Extranjería y del Real Decreto 2393/2004, no siempre atinentes al caso, desestimó el recurso contencioso administrativo afirmando que al actor se le había denegado "... la renovación de la autorización de residencia y trabajo que había solicitado por desaparecer las circunstancias que sirvieron de base a su concesión (causa de extinción de dicha autorización prevista en el artículo 75.2.c) de RD 2393/04 ... ", por cuanto que en el plazo de un mes desde su entrada en España y, en todo caso, en el momento de la solicitud de la tarjeta de identidad, no había sido afiliado y/o dado de alta en la Seguridad Social, siendo irrelevante que ello hubiera sido por culpa de la empresa ofertante, por lo que procedía la desestimación del recurso "...por una parte, porque examinado el expediente administrativo no se aprecia continuidad en la relación laboral para la que se dio la autorización...", y de otra porque "...en el momento de la solicitud de renovación el recurrente no tenía un contrato de trabajo en vigor. Por tanto, es evidente que no cumplía los citados requisitos para la renovación lo que lleva a la desestimación de la demanda".

Frente a la resolución judicial se alza el apelante en esta instancia solicitando su revocación con base en no ser cierta la ruptura de la continuidad en la relación laboral, como acreditan los documentos aportados con la demanda, y porque en el momento de renovarse la tarjeta de identidad el interesado había sido afiliado y dado de alta en la Seguridad Social y estaba trabajando, lo que determina circunstancias de arraigo de carácter laboral.

La Abogacía del Estado ha impugnado el recurso de apelación.

SEGUNDO .- Para resolver las cuestiones litigiosas planteadas en esta instancia, es preciso tener en cuenta que, mediante el expediente administrativo y la documentación aportada con el escrito de demanda, han quedado probados los siguientes hechos:

1.- Con fecha de 1 de julio de 2008 la empresa "ARQUITECTURA PREVENTIVA INTEGRAL, S.A." solicitó autorización de residencia temporal y trabajo a favor de don Geronimo , nacional de Perú, y otros 78 trabajadores extranjeros, a cuenta del contingente del año 2008.

2.- La autorización inicial de residencia temporal y trabajo se le concedió a don Geronimo mediante resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 16 de enero de 2008, constando en dicha resolución las siguientes menciones: Tiempo de Autorización: CA1 (autorización residencia temporal y trabajo C/A inicial). Sector o Actividad: Todas las actividades. Ámbito Geográfico: Nacional. Validez: Un año.

En la precitada resolución se hacía constar también lo siguiente:

" El presente documento no permite trabajar y la autorización concedida se extinguirá si, en el plazo de un mes desde su notificación a la empresa, el trabajador extranjero no efectúa la correspondiente solicitud de visado en la Oficina Consular española adjuntando una copia de esta resolución.

Una vez en territorio español, el visado habilita al extranjero a trabajar y residir en los términos de la autorización concedida, debiendo personarse en el plazo de un mes, desde su entrada en España, en la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación... para la obtención de la tarjeta de identidad de extranjero. Con carácter previo deberá haberse efectuado la afiliación y alta en la Seguridad Social del trabajador extranjero, siendo lo contrario causa de extinción de la autorización de trabajo concedida, según lo dispuesto en el artículo 75.2.c) del Real Decreto 2393/2004 "

3.- Obtenido el visado, don Geronimo entró en España el 27 junio 2008, por puesto fronterizo habilitado.

4.- El 1 de julio de 2008 "ARQUITECTURA PREVENTIVA INTEGRAL, S.A." comunicó a la Delegación del Gobierno en Madrid que, por motivos económicos y técnicos, no podría contratar a algunos de los trabajadores, entre los que se encontraba el apelante.

5.- Por resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 8 julio 2008 se acordó extinguir la autorización de residencia temporal y trabajo concedida al apelante, en aplicación del artículo 75.2.c) del Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre , al haber desaparecido las circunstancias que sirvieron de base para su concesión, por no existir constancia de que don Geronimo hubiera sido afiliado y/o dado de alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde su entrada en España y, en todo caso, en el momento de la solicitud de la tarjeta de identidad extranjero.

La resolución de 25 noviembre 2008 desestimó el recurso de reposición formulado por don Geronimo contra la anterior.

6.- No obstante, "ARQUITECTURA PREVENTIVA INTEGRAL, S.A." posteriormente publicó anuncios en la prensa ofertando contratos de trabajo.

7.- Mientras tanto, don Geronimo , que denunció el incumplimiento precontractual ante la Inspección Trabajo, suscribió contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción con la empresa "CARYLIMPL, S.L.", (documentos 10,10.1, 10.2 y 10.3 de la demanda), con vigencia desde el 3 de julio de 2008 al 2 de octubre de 2008, que se prorrogó por primera vez desde el 3 de octubre de 2008 al 2 de noviembre de 2008, con nueva prórroga desde ese día hasta el 2 de diciembre de 2008, y con otra prórroga ulterior desde ese día hasta el 2 de marzo de 2009.

8.- Como consecuencia de haber celebrado el precitado contrato de trabajo con "CARYLIMPL, S.L.", don Geronimo fue afiliado y dado de alta en la Seguridad Social por dicha empresa con efectos desde el día 3 de julio de 2008 (documento 11 de la demanda), habiendo llegado a trabajar en la misma durante el período de vigencia del contrato de trabajo y de sus prórrogas (nóminas documentos 12 a 17 e informes de vida laboral fechados el 29 diciembre 2008 y acreditativos de haber trabajado 5 meses y 29 días).

TERCERO. - Hemos de precisar también que la cuestión litigiosa planteada en la instancia es la extinción de la autorización de residencia y trabajo, pero no la denegación de su renovación, con la que parece confundirla, a veces, la sentencia de instancia.

Sin perjuicio de lo anterior, adelantamos ya que no compartimos sus conclusiones porque la prolija documentación aportada por el recurrente con su escrito de demanda introduce en el caso matices de hecho que hacen inaplicable la normativa en que la Administración se basó para extinguir la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial que había concedido en su resolución de 16 de enero de 2008. Veamos:

El tenor literal del artículo 75.2.c) del Real Decreto 2393/2004 dice así:

"La autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución motivada de la autoridad competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

c) Cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión. Sin perjuicio de otros casos, se entenderá que concurre este supuesto cuando en las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, en el plazo de un mes desde la entrada en España del extranjero y, en todo caso, en el momento de su solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero, no exista constancia de que la persona autorizada inicialmente a residir y trabajar ha sido afiliada y/o dada de alta en la Seguridad Social".

Pues bien, habida cuenta de que don Geronimo fue afiliado y dado de alta en la Seguridad Social por la empresa "CARYLIMPL, S.L." con efectos desde el 3 de julio de 2008, se está en el caso de que, cuando por resolución de 8 de julio de 2008 se declaró extinguida la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial, no concurrían los presupuestos reglamentarios para que la Administración pudiera extinguir aquélla aplicando el artículo 75.2.c) del Real Decreto 2393/2004, como tampoco concurrían cuando el 25 noviembre 2008 se desestimó el recurso de reposición, pues en ambos momentos el recurrente estaba en situación de alta en la Seguridad Social, y trabajando.

Es cierto que a don Geronimo le había contratado y afiliado y dado de alta en la Seguridad Social una empresa distinta de aquella que había pedido para él la autorización de residencia y trabajo inicial, pero la objeción es irrelevante por las siguientes razones:

1.- En la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena concedida el 16 de enero de 2008, al apelante no se le impuso la condición de que trabajara para la empresa peticionaria ni de que ésta fuera la que debía afiliarle y darle de alta en la Seguridad Social.

Por el contrario, la resolución de 16 de enero de 2008 le autorizó para trabajar durante un año, en todas las actividades, y en un ámbito nacional, sin más limitaciones, a lo que ha de añadirse que la validez y vigencia de la autorización concedida sólo se condicionó a la obtención del visado y a que, una vez que el trabajador entrara en territorio español, y dentro del plazo de un mes, se efectuara la afiliación y el alta en la Seguridad Social -sin designarse en ningún caso a la empresa que debía hacerlo-, y solicitara la tarjeta de identidad extranjero. En este caso concurren tales condiciones, salvo que se ignora cuando el apelante pidió la tarjeta, pero ello carece de trascendencia porque nadie ha discutido en el proceso que no lo hubiera hecho en plazo.

2.- Conforme a los artículos 49 a 54 del Real Decreto 2393/2004, relativos a la situación de residencia temporal y trabajo, la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena habilita a los extranjeros que residen fuera de España y que hayan obtenido el correspondiente visado a iniciar una relación laboral por cuenta ajena, pero no les impone que necesariamente deban hacerlo con la empresa inicialmente ofertante, ni tampoco que la relación laboral se limite a un ámbito geográfico y a un sector de actividad determinados, salvo que se haya dispuesto así, lo que no ha sido el caso.

Aunque la regulación reglamentaria exige que la empresa ofertante garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar, ello constituye un requisito formal para la admisión a trámite de la solicitud, pero del mismo no se sigue la conclusión de que, una vez concedida la autorización, obtenido el visado y entrado en España, el extranjero solo pueda trabajar con dicha empresa, máxime cuando la misma ha incumplido la obligación que adquirió frente al trabajador y que vino a nuestro país en la confianza de que "ARQUITECTURA PREVENTIVA INTEGRAL, S.A." cumpliría su compromiso.

Por lo tanto, según las normas citadas, a partir de la entrada legal en España del trabajador, éste podrá comenzar su actividad laboral y se producirá su afiliación, alta y posterior cotización en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación, sin que en ningún caso se contemple la exigencia de que el extranjero trabaje necesariamente para la empresa ofertante ni de que sea ésta la que le afilie y de de alta.

Es más, ninguna norma impone la obligación administrativa de extinguir la autorización cuando en el momento de la solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero, o transcurrido un mes desde su entrada en España, no existiera constancia de que el trabajador autorizado inicialmente a residir y trabajar hubiera sido afiliado y/o dado de alta en la Seguridad Social, porque la extinción es una facultad de la autoridad administrativa, pero no un deber inexcusable. Pero, sin perjuicio de ello, la Administración no podía extinguir la autorización a don Geronimo porque éste fue afiliado tempestivamente a la Seguridad Social, y se encontraba



dado de alta y trabajando cuando se dictaron las resoluciones de 8 de julio y de 28 de noviembre de 2008, por lo que, al haber desvirtuado los fundamentos de la sentencia impugnada, procede estimar su recurso de apelación.

CUARTO .- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , no ha lugar a formular condena al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

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

FALLAMOS:

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por don Geronimo contra la sentencia dictada en fecha de 27 de septiembre de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 12 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 58/2009 de su registro, la cual revocamos y, en su lugar, estimamos el recurso contencioso administrativo deducido contra las resoluciones de la Delegación del Gobierno en Madrid de 8 de julio de 2008 y de 25 de noviembre de 2008, las cuales anulamos, sin formular condena al pago de las costas de este recurso.

La presente resolución es firme.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ