



**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 4
ZARAGOZA**

PROCEDIMIENTO: ABREVIADO nº 20/2009-AB
RECURRENTE : D^a _____ J
RECURRIDO : SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO

COPIA

SENTENCIA Nº 157/2009

En Zaragoza a 26 de mayo de 2009, vistas las presentes actuaciones por Concepción Gimeno Gracia, Magistrado-juez de este juzgado; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-PARTES DEL RECURSO

Recurrente: D^a _____ presentada y defendida por el Letrado Sr.D.Pascual Aguelo Navarro.
Recurrido: Subdelegación del Gobierno en Aragón, representada y defendida por la Abogado del Estado.

SEGUNDO.-ACTUACIÓN RECURRIDA

Resolución de 5 de noviembre de 2008, por la que se desestima el Recurso de Alzada interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno por la que se denegó la 2^a renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de la recurrente.

TERCERO.-PRETENSIONES DE LA PARTE RECURRENTE

Se dicte Sentencia por la que estimando el recurso interpuesto:
Se declaren o ajustada a derecho la resolución denegatoria por infracción de los preceptos legales y reglamentarios especificados en la demanda, declarando el derecho de la recurrente a la renovación solicitada.

CUARTO.-PRETENSIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA

Se dicte Sentencia desestimatoria del recurso interpuesto, con confirmación de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mantiene la recurrente que con fecha 10 de mayo de 2008, solicitó la segunda renovación de su autorización administrativa para residir y trabajar en España por cuenta ajena, de la que era titular, acompañando toda la documentación necesaria para su concesión, siéndole por el contrario denegada. Añade que:

1-El permiso a renovar, es una autorización de residencia y trabajo, ya renovada, es decir, nos encontramos ante una segunda renovación, expedida el 10 de julio de 2006, y con validez hasta el 10 de julio de 2008, permiso pues que no se encuentra limitado a actividad concreta alguna.

2-Durante toda su vida, sigue, ha prestado servicios para la misma empresa hortofrutícola, con la que tramitó la primera de sus autorizaciones laborales "Hortal Ebro", existiendo por tanto durante todo el período, una ininterrumpida continuidad en la relación laboral.



**COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN**

3-El 15 de octubre de 2007, dio a luz a una niña () de nacionalidad española, por ser también el padre de dicha nacionalidad, y con la finalidad de poder atender debidamente a la menor, con fecha 1 de febrero de 2008, la recurrente solicitó de la empresa "Hortal del Ebro S.L." una excedencia para el cuidado de hijos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, en redacción dada por la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Dicha excedencia le fue concedida el 4 de febrero de 2008.

Entiende que las cotizaciones computadas durante todo este período y hasta la actualidad, han sido ininterrumpidas, permaneciendo en la actualidad en situación de "asimilada al alta", artículo 36.3 RD 84/1996, Reglamento General sobre Inscripción de Empresas, debiéndose considerar el período de excedencia para cuidado de hijos, como de "ocupación cotizada", al menos, durante los dos primeros años de excedencia (art. 180 LGSS, modificado por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

Por todo ello, concluye y como se desprende del Informe de Vida Laboral de fecha 17 de diciembre de 2008, totaliza un período de cotización de 1237 días, computándose los 316 transcurridos en situación de excedencia para cuidado de hijos.

Por consiguiente, dice, la recurrente acredita:

- 1-Un período de actividad y de cotización al Régimen General, superior a 180 días durante los dos tramos de vigencia de la autorización cuya renovación se pretende.
- 2-Continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende, encontrándose la actora en excedencia para el cuidado de hijos, y en situación laboral asimilada al alta y ocupación cotizada durante los dos primeros años de excedencia.

Por todo lo expuesto, entiende que la actuación administrativa impugnada, infringe:

- 1-Los artículos 31, 36 y 37, de la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000, en relación con los artículos 49, 50, 53, 54 y 58 A y 63 del Reglamento de Ejecución (RD 2393/2004), y artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, así como el artículo 36.3 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas (RD 84/1996), y el artículo 180 LGSS, así como el 44 de la misma norma.
- 2-Añade que, la excedencia para el cuidado de hijos, es una causa de suspensión del contrato de trabajo, no de extinción, por lo tanto, en el momento de solicitar la renovación, la trabajadora extranjera no puede tener suscrito un contrato de trabajo con nuevo empleador, ni disponer de una nueva oferta de trabajo, porque mantiene vigente su contrato de trabajo, al que se reincorporará cuando finalice la excedencia.
- 3-Por último, mantiene que la situación de excedencia por cuidado de hijo, es una situación asimilada al alta (art. 36.3 RD 84/1996).

SEGUNDO.- La actuación recurrida, por su parte, deniega la solicitud de renovación, por entender que la recurrente no ha tenido continuidad en la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende, y si bien, ha realizado la actividad para la que se le concedió la autorización durante el período exigido para la renovación de la misma, no se halla en ninguna de estas situaciones:

- 1-Haber suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador, acorde con las características de su autorización, figurando a efectos de la seguridad social en situación de alta o asimilada, y
- 2-Disponer de una nueva oferta de trabajo, que reúna los requisitos del artículo 50 del RD 2393/2004.

En definitiva, lo que la Administración mantiene es que no se ha realizado "actividad", es decir, no se ha trabajado durante el período de excedencia, y en base a ello, entiende que no cabe otorgar la renovación por no concurrir los requisitos

exigibles, y no tener un nuevo contrato de trabajo suscrito figurando de alta o situación asimilada en la TGSS, o no tener una nueva oferta.

TERCERO.- El artículo 2393/2004, establece en su artículo 54, apartados 3, 4 y 5:

"El R.D 2393/2004, establece en su artículo 54, apartados 3, 4 y 5:

"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 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 trabajo** que reúna los requisitos establecidos en el artículo 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 artículo 38.3.b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero".

Entendemos que la postura de la Administración en este caso, resulta sumamente rigorista y no podemos compartirla. Entendemos, es más, que ni siquiera de los propios términos de la norma de aplicación, cabe llegar a la conclusión a la que llega.

Véase que lo que el artículo 54, exige en primer lugar para la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, es la "continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende" expresión ésta de la que no cabe deducir, resulte sinónima al ejercicio activo de la misma en todo caso. Desde luego, entendemos, bastaría quedarnos aquí, para concluir que la demanda debe ser estimada, ya que, un supuesto de excedencia por cuidado de hijo menor, no es un caso de extinción en modo alguno de la relación laboral en la que se ejerce dicho derecho, sino un supuesto de "suspensión de la actividad", que implica lógicamente una suspensión del salario, pero que no supone —estamos plenamente de acuerdo con la recurrente— una extinción de la relación laboral.

Concretamente, el artículo 46 ET, establece:

"3. 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.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

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.

No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial."

Nos parece evidente, que de la definición legal de la situación no cabe sino entender, que la relación laboral continúa, y por tanto nos encontramos de lleno en el supuesto previsto en el artículo 54.3 del RD 2393/2004, que exige exclusivamente para la renovación de la autorización, la continuidad en la relación laboral.

No cabe, ni se ha esgrimido, que por tratarse de una ciudadana extranjera no tenga la posibilidad de acogerse a este derecho individual reconocido a todos los trabajadores, por tanto, siendo esto así, no cabe objeción alguna ni a la situación que mantiene la recurrente -que en este punto no se discute y ha de considerarse plenamente acreditada- ni a su derecho a la renovación.

Cabe añadir, que si partimos de que la relación laboral no se ha extinguido, nos encontramos en el primero de los supuestos previstos en el apartado 3, del anteriormente citado artículo 54, y por tanto, no cabe amparar la denegación de la renovación solicitada, en requisitos que no son exigibles para el caso de que la relación laboral continúa, tales como -así se exigen directamente en la resolución recurrida- que haya suscrito un contrato de trabajo con nuevo empleador, o que disponga de una nueva oferta de trabajo.

Dicho lo anterior, y entendiéndose que no existen otros aspectos discutidos por la Administración, debemos proceder a la estimación de la demanda, de la forma que se dirá en la Parte Dispositiva de la presente resolución.

CUARTO.- No procede efectuar una especial imposición de las costas causadas, de conformidad con lo al efecto establecido en el art.139 de la LJCA.

FALLO

ESTIMAR el recurso P.Abreviado 20/2009-AB, interpuesto por D^a , con la representación y defensa antes expresada, contra la actuación administrativa a la que se ha hecho referencia en los antecedentes de hecho de la presente, y en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar no conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa recurrida, anulándola en su consecuencia.

SEGUNDO.- Declarar como situación jurídica individualizada, el derecho del recurrente a obtener la renovación solicitada.

TERCERO.- Sin condena en costas.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación dentro de los 15 días siguientes a su notificación.

Notifíquese esta sentencia a las partes personadas, incorpórese al libro de Sentencias de este juzgado y llévase testimonio a los autos principales.

Una vez firme, comuníquese esta Sentencia en el plazo de diez días al órgano que realizó la actividad objeto del recurso, para que el citado órgano:

1.Acuse recibo de la comunicación, en idéntico plazo de diez días desde su recepción, indicando a este juzgado, el órgano responsable del cumplimiento del fallo de la Sentencia.

2.Lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo de la Sentencia.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma Concepción Gimeno Gracia, Magistrado-juez, del juzgado de lo contencioso-administrativo nº4 de Zaragoza.