



Roj: **STSJ ICAN 46/2016 - ECLI:ES:Tsjican:2016:46**

Id Cendoj: **38038330012016100025**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2016**

Nº de Recurso: **138/2015**

Nº de Resolución: **46/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR ALONSO SOTORRIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 385

Fax.: 922 479 424

Procedimiento: Recurso de apelación

Nº Procedimiento: 0000138/2015

NIG: 3803845320140000169

Materia: Extranjería

Resolución: Sentencia 000046/2016

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000040/2014-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante Ambrosio

Demandado SUBDELEGACION DE GOBIERNO SANTA CRUZ DE TENERIFE

### **SENTENCIA**

Ilmo. Sr. Presidente Don Pedro Manuel Hernández Cordobés

Ilma. Sra. Magistrado Doña María del Pilar Alonso Sotorrío (Ponente)

Ilma. Sra. Magistrado Doña Adriana Fabiola Martín Cáceres

En Santa Cruz de Tenerife a 28 de enero de 2016, visto por esta Sección Primera de la SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS, con sede en Santa Cruz de Tenerife, integrada por los Señores Magistrados anotados al margen, el RECURSO DE APELACIÓN seguido con el nº **138/2015**, interpuesto por Don/ña Ambrosio , representado/a y dirigido/a por el Abogado Don/ña Rauldelip Hernández Romero, habiendo sido parte como Administración demandada SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO y en su representación y defensa el Abogado del Estado, se ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



PRIMERO: Pretensiones de las partes y hechos en que las fundan

A.- Por el Juzgado nº 3 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife se dictó Sentencia de fecha 12 de junio del 2015 con el siguiente fallo: " que debo desestimar y desestimo el recurso interpuesto ".

B.- La representación de la parte actora interpuso recurso de apelación contra dicha resolución interesando que, estimando en todas sus partes el recurso, se acordase la revocación de la sentencia y acto administrativo confirmado y declara haber lugar a la demanda reconociendo la situación jurídica individualizada, así como el derecho a la autorización de residencia ay trabajo por cuenta ajena solicitada.

C.- La representación procesal de la Administración demandada se opuso al recurso interpuesto e interesó que, previos los trámites oportunos, se dictase resolución por la que se desestimase el recurso y se confirmase la resolución recurrida en todos sus términos.

SEGUNDO: Conclusiones, votación y fallo

No siendo necesaria la práctica de prueba ni la celebración de vista, se señaló día para la votación y fallo, teniendo lugar la reunión del Tribunal, habiéndose observado las formalidades legales en el curso del proceso, dándose el siguiente resultado y siendo ponente el Ilma. Sra. Magistrado Doña María del Pilar Alonso Sotorrió que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Objeto del recurso

Constituye el objeto del presente recurso determinar la adecuación o no a derecho de la sentencia dictada el pasado día 12 de junio del 2015 por el Juzgado nº 3 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife.

La representación procesal de la parte actora recurre en apelación la sentencia dictada por las consideraciones siguientes:

La trabajadora ya es titular de un permiso de trabajo para el mismo puesto y empleador.

Dicha autorización está vigente.

Se trata de un permiso de trabajo como trabajadora fronteriza.

El cambio de circunstancias del empleador motivó cambio de residencia, pro ello a pesar de estar vigente dicho permiso se solicitó uno nuevo como permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena.

No se tiene en cuenta la relación de confianza depositada en la empleadora a quien encomienda su hijo y domicilio.

La relación del servicio del hogar familiar es especial conforme al RD 1620/2011.

Nada obsta para que al amparo de la DA 15º del RD 557/2011 se entienda que la actividad es de dirección y decisión en el ámbito del hogar familiar.

La Administración demandada contesta al recurso solicitando su desestimación por entender que:

Procede reiterar la sentencia impugnada.

El recurso no es más que una reiteración de la demanda.

SEGUNDO: Para la obtención de permiso de residencia y trabajo se ha de presentar una solicitud conforme al art. 36 de la LO 4/2000 por el empleador, añadiendo el art 38 que para su concesión inicial se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo que será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal, añadiendo el segundo párrafo del número dos de dicho artículo que "Igualmente, se entenderá que la situación nacional de empleo permite la contratación en ocupaciones no catalogadas cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles. Reglamentariamente se determinarán los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo es considerada suficiente a estos efectos". Regulando los supuestos en los que no se tendrá en cuenta la situación de empleo el art. 40 de la Ley, sin que la extranjera para la que se solicita el permiso se encuentre en ninguno de los supuestos contemplados.

Pretende el recurrente que acudamos al art. 40,2 letra a), esto es, se entienda que el trabajo ofertado puede ser considerado como de puesto de confianza, sin embargo, tal como señala la sentencia impugnada, la DA 15º del RD 557/2011 establece qué debe ser entendido como puesto de confianza, y no incluye, desde luego, la relación que puede desarrollarse y de hecho se desarrolla en el contrato ofertado.



TERCERO: El RD 557/2011 dispone en su art. 184 los efectos del permiso del que era titular la trabajadora, esto es de la autorización de trabajo para trabajadores transfronterizos, de modo que conforme al punto dos, su validez queda limitada al ámbito territorial de la Ciudad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador, así como a una ocupación en el caso de trabajo por cuenta ajena o a un sector de actividad en el de trabajo por cuenta propia. Añadiendo el número 4 y 5 de dicho artículo que "4. Las autorizaciones se extinguirán cuando concurren las causas previstas para el resto de autorizaciones reguladas en este Reglamento, cuando sean aplicables, así como por la pérdida de la condición de trabajador transfronterizo." y "5. El hecho de haber sido titular de una autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos no generará derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, sin perjuicio de que sea tenida en cuenta para la valoración de las solicitudes que pudieran presentarse por el titular."

Por tanto el hecho de haber sido titular de dicha autorización no determina, sin más, la concesión del permiso ahora solicitado, sino que, solo se prevé que sea tenido en cuenta en la valoración de la solicitud, que, sin embargo, sigue teniendo el obstáculo de la situación nacional de empleo, entre cuyo catálogo no incluye el puesto ofertado.

El art. 64,3 del RD 557/2011 dispone que "3. En relación con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar, será necesario que: a) La situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero en los términos previstos en el artículo 65 de este Reglamento", indicando dicho artículo 65 en su número primero que se publicará trimestral el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, añadiendo número segundo que " Asimismo, se considerará que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno." disponiendo a continuación el procedimiento a seguir.

En el presente recurso se aprecia que el puesto ofertado no queda incluido, para el trimestre correspondiente, ni en los siguientes, dentro del catálogo de puesto de difícil cobertura, y por otra parte, tampoco el ofertante del trabajo, hoy apelante, ha acreditado la dificultad de cobertura de dicho puesto.

Sin que pueda ser de aplicación lo interesado por el recurrente, en el sentido de estimar que el puesto de trabajo ofertado es de confianza y por tanto resulta de aplicación la DA 15º del RD 557/2011 .

CUARTO: Sobre las costas procesales. De conformidad con lo previsto en el Art. 139.2 de la LJCA , procede imponer las costas a la parte recurrente puesto que no se aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, pero, dada la entidad y enjundia jurídica planteada por el recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en el Art. 139.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , procede fijar como límite máximo de dichas costas la cuantía total de 300 euros.

## FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de junio del 2015 dictada por el Juzgado nº 3 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, resolución que se confirma en todos sus términos por ser plenamente ajustada a Derecho, sin que haya lugar a ninguno de los pedimentos contenidos en el recurso cuyas costas se imponen a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes observando lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del poder Judicial , haciéndoles saber que la misma es firme y contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Devuélvanse posteriormente los autos originales al Juzgado remitente con certificación de la presente y a fin de que, en su caso, se dé al depósito realizado el destino previsto en los apartados 8 y siguientes de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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