



Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 06 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici I - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 93 5548467
FAX: 93 5549785
EMAIL: contencios6.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 080194532C

Procedimiento abreviado 441/2019 -B

Materia: Resoluciones de extranjería dictadas por la Administración periférica del Estado (Proc. Abreviado)

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 0909000000044119
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 004 1274.
Beneficiario: Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 06 de Barcelona
Concepto: 0909000000044119

Parte recurrente/Solicitante/Ejecutante:

Parte demandada/Ejecutado: OFICINA DE
ESTRANGERIA
Procurador/a:
Abogado/a:
Abogado/a del Estado

Procurador/a:
Abogado/a: Albert Pares Casanova

SENTENCIA Nº 210/2021

En Barcelona, a 1 de junio de dos mil veintiuno,

Vistos por mí, Dña. Ibone Liz Bello, Magistrada - Juez Titular adscrita al Juzgado Contencioso nº 6 de Barcelona, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO seguidos bajo el nº 441/2019 - B promovido a instancia de D. [redacted] asistido por el Letrado D. Albert Parés Casanova frente a la Subdelegación del Gobierno de Barcelona con la intervención del Ministerio Fiscal se procede a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la demanda de PROCEDIMIENTO ABREVIADO presentada ante este Juzgado se formuló recurso contencioso-administrativo por la defensa de D. Mamadou Siradjo Balde inicialmente contra la desestimación, por silencio, de la solicitud

Codi Segur de Verificació:
Signat per Liz Bello, Ibone,

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>
Data i hora 02/06/2021 12:38





de autorización de residencia y trabajo. Posteriormente se ha dictado resolución en fecha 10 de abril de 2019 por la que se concede la autorización de residencia temporal no lucrativa inicial.

SEGUNDO.- Una vez admitida a trámite la demanda, y habiendo solicitado la parte recurrente el dictado de sentencia sin necesidad de celebración de vista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.3 de la LJCA en relación con el 57 del mismo texto legal, se dio traslado a la demandada para que contestara a la demanda, lo que no verificó en plazo. No habiendo solicitado la celebración de vista los autos quedaron conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha indicado en los antecedentes de hecho en el presente procedimiento inicialmente fue objeto de impugnación la desestimación, por silencio, de la solicitud de autorización de residencia y trabajo. Posteriormente se ha dictado resolución en fecha 10 de abril de 2019 por la que se concede la autorización de residencia temporal no lucrativa inicial, sin que se conceda la autorización de trabajo pretendida.

Cabe exponer como antecedentes fácticos más relevantes al supuesto enjuiciado que en fecha 5 de junio de 2019 se presentó ante la Subdelegación de Gobierno un escrito comunicando la situación de desamparo del menor a fin de que se tramitara una autorización de residencia y trabajo (folios 1 a 6 EA); tras la emisión de oficios a la





DGAIA y Fiscalía de Menores, se dictó resolución concediendo la autorización de residencia temporal no lucrativa inicial en fecha 4 de febrero de 2020 (folios 18 a 22 EA).

La solicitud de autorización de residencia temporal fue efectuada por el recurrente, en su condición de menor extranjero no acompañado. Que consultado el Servicio de Menores de la Fiscalía Provincial de Barcelona, resulta que en fecha 10 de abril de 2019 se efectuó declaración de desamparo preventivo por parte de la DGAIA y se le otorgó atención inmediata e ingreso en centro de menores; que dispone de pasaporte de Guinea, en el que obra como fecha de nacimiento el 01/01/2002; que al dudarse de la fiabilidad de la fecha se acordó abrir expediente de determinación de edad pero no compareció a las pruebas en la primera citación, desconociéndose el estado actual del expediente; que no obstante, dado el tiempo transcurrido, en favor del mismo, se determina que cuando entró en el sistema de protección era efectivamente menor de edad.

Como marco normativo aplicable al supuesto de autos conviene citar el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece la regulación para los menores no acompañados. El apartado 7 dispone: *"7. Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La*





ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor”.

Por su parte el artículo 196.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, establece que una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

La Oficina de Extranjería inició de oficio el procedimiento relativo a la autorización de residencia del recurrente toda vez que la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública se considera regular a todos los efectos y que la ausencia de autorización de residencia no impide el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor según el precepto anteriormente indicado. En base a eso mismo la autorización de residencia inicial no lucrativa ha sido reconocida por la Administración por lo que ningún pronunciamiento debe hacerse al respecto.

SEGUNDO.- Por lo que a la autorización de trabajo se refiere, el artículo 196.4 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, relaciona la concesión de autorización de trabajo con una concreta actividad respecto de la que

Codi Segur de Verificació
Signat per Liz Bello, ibone;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaC-SV.html>

Data i hora 02/06/2021 12:38





se concede. Así dispone que *"4. La autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, retrotrayéndose su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores.*

La autorización de trabajo concedida de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1.i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida, salvo que ésta exceda del tiempo que reste de vigencia de la autorización de residencia".

Por otro lado el artículo 36 de la LOEx indica que: *"1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente".*

El legislador ha establecido ex lege, en el artículo 35 de la LO 4/2000, la obligación imperativa de que al menor que se encuentre tutelado se dé otorgue una autorización de residencia (que ha de seguir el régimen general, esto es, una autorización temporal inicial) cuyos efectos se retrotraigan a la fecha en que hubiera sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

El artículo 40.1 indica que *"no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a (...) i) Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de*





residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen”.

Por último el artículo 41 contempla las excepciones a la autorización de trabajo indicando que no será necesaria ésta para el ejercicio de las actividades siguientes: *“j) Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social”.*

Por tanto, la autorización de residencia temporal no lucrativa inicial concedida al menor implica ya una habilitación para trabajar para el menor tutelado y mayor de 16 años sin necesidad de que le sea concedido un permiso de trabajo ni ningún otro trámite administrativo. Como indica el Ministerio Fiscal en su escrito, la instrucción 1/2020 dictada por la Secretaría de Estado de Migraciones por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral, concluye que *“la concesión de la autorización de residencia expedida a favor de los menores extranjeros, habilitará para el ejercicio de la actividad laboral por cuenta ajena en el momento en el que éstos alcancen 16 años de edad, sin necesidad de ningún otro trámite administrativo en materia de extranjería. Esta habilitación debe quedar reflejada en la documentación expedida a su favor, mediante la siguiente leyenda “habilita a trabajar por cuenta ajena”.* Por tanto la referida instrucción no supone innovación ni modificación alguna de lo previsto normativamente.





TERCERO.- En el caso de autos de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal y la normativa anteriormente expuesta lo cierto es que la resolución impugnada debería haber contenido referencia expresa a la habilitación a trabajar por cuenta ajena pues si bien es una habilitación legal la referida instrucción determina que se debe hacer constar en la documentación expedida a favor del menor. Por lo que el recurso deberá ser estimado parcialmente en el sentido de que la resolución deberá contener, además de la autorización de residencia temporal no lucrativa inicial “la habilitación a trabajar por cuenta ajena” con efectos retroactivos desde que fue puesto a disposición de la DGAIA.

Por último no ha lugar al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 35.4 de la LO 4/2000 solicitada por el recurrente toda vez que no existe indicio alguno de inconstitucionalidad. Solo se esgrimen argumentos contra disposiciones con rango de Ley con apoyo en criterios de una desigualdad adoptada por el legislador, que ha seguido unos criterios opuestos de los que discrepa el recurrente y que, salvo lo que resultara de un control de constitucionalidad o de la anulación de aquéllas, han de mantenerse por razones de legalidad.

A mayor abundamiento no se aprecia la alegada desigualdad o discriminación pues a para poder apreciar una discriminación por trato desigual se deberían comparar situaciones iguales, no parecidas o análogas sino iguales, lo que en el caso de autos es claro que no sucede. Las situaciones en las que se encuentran los menores tutelados por la Administración difieren de la de los menores reagrupados por sus ascendentes lo que justifica una regulación





distinta, por lo que no se aprecia que concurra vulneración a ningún precepto constitucional que haga preciso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad solicitada.

CUARTO.- Atendido el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede la imposición de costas, siendo una cuestión que no está exenta de valoración jurídica no ha lugar a la imposición de las costas.

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

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de D. _____ contra la resolución en fecha 10 de abril de 2019 por la que se concede la autorización de residencia temporal no lucrativa inicial y, en consecuencia se revoca la referida resolución, concediendo al recurrente una autorización de residencia temporal no lucrativa inicial con la *habilitación a trabajar por cuenta ajena*, con efectos retroactivos desde que fue puesto a disposición de la DGAIA.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación, al amparo del artículo 81.1 de la Ley jurisdiccional, a través de este Juzgado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo máximo de quince días





hábiles a contar desde el siguiente al de la recepción de la correspondiente notificación de esta resolución, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en las que se fundamente el recurso.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

En aplicación de la Orden JUS/394/2020, dictada con motivo de la situación sobrevenida con motivo del COVID-19:

- *La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*
- *Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.*
- *Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.*

