



Roj: STSJ CL 270/2017 - ECLI: ES:TSJCL:2017:270

Id Cendoj: 09059330012017100012

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Burgos

Sección: 1

Fecha: 27/01/2017

Nº de Recurso: 193/2016

Nº de Resolución: 19/2017

Procedimiento: Recurso de Apelación

Ponente: EUSEBIO REVILLA REVILLA

Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CON/AD

BURGOS

SENTENCIA: 00019/2017

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCION 1ª

Presidente/allmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 19/17

Rollo de APELACIÓN N° : 193 / 2016

Fecha : 27/01/2017

Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Segovia, procedimiento abreviado 101/2016.

Ponente D. Eusebio Revilla Revilla

Letrado de la Administración de Justicia: Sr. Ruiz Huidobro

Escrito por : FVV

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D. José Alonso Millán

Dª. M. Begoña González García

En la ciudad de Burgos, a veintisiete de enero de dos mil diecisiete.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso núm. 193/2016, interpuesto por el ciudadano de Marruecos, D. Clemente , representado por el procurador D. Eusebio Gutiérrez Gómez y defendido por la letrada Dª Sonsoles Jorge Sanz, contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2.016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 1 de Segovia en el procedimiento abreviado núm. 101/2016, por la que, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el anterior contra la resolución de 8 de abril de 2.016 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Segovia que se desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución de la misma Subdelegación de 23 de febrero de 2.015 por la que se deniega la solicitud de autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales**



por razones de **arraigo** formulada por el ciudadano marroquí D. Clemente , se declara ajustada a derecho la resolución impugnada, y ello con condena en costas a la parte actora con un límite máximo de 500 euros; ha comparecido como parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación y defensa que por ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Segovia en el procedimiento abreviado núm. 101/2016, se dictó sentencia de fecha 27 de junio de 2.016 por la que, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el anterior contra la resolución de 8 de abril de 2.016 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Segovia que se desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución de la misma Subdelegación de 23 de febrero de 2.015 por la que se deniega la solicitud de autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales** por razones de **arraigo** formulada por el ciudadano marroquí D. Clemente , se declara ajustada a derecho la resolución impugnada, y ello con condena en costas a la parte actora con un límite máximo de 500 euros.

SEGUNDO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora, que fue admitido a trámite, solicitando que se dicte sentencia por la que, con expresa estimación del presente recurso de apelación, se revoque la sentencia y se acuerde la concesión de la autorización de residencia solicitada, obligando a la Administración demandada a estar y pasar por dicha declaración, con expresa condena en costas.

TERCERO.- De mencionado recurso se dio traslado a la Administración del Estado demandada, hoy apelada, formulando escrito de oposición al recurso de apelación, solicitando la desestimación íntegra del recurso de apelación.

CUARTO.- En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales, habiéndose señalado para la votación y fallo el día 19 de enero de 2.013, lo que así efectuó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por resolución de fecha 23 de febrero de 2.016 de la Subdelegación del Gobierno en Segovia, confirmada en reposición por resolución de 8 de abril de 2.016 se deniega la solicitud de autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales** por razones de **arraigo** formulada por el ciudadano marroquí D. Clemente . Y dicha denegación se acuerda en aplicación del art. 124.2 del RD 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de **Extranjería**, por no reunir el solicitante los requisitos y condiciones establecidos en el art. 64.3.b y e) del citado Reglamento ya que el empresario no acredita disponer de medios económicos suficientes para llevar a cabo su proyecto empresarial ni para garantizar una actividad continuada durante el período de tiempo de la actividad laboral, ni el solicitante acredita la permanencia continuada en España durante los **tres últimos años**, toda vez que según su pasaporte estuvo fuera de España desde el 4.10.2013 hasta el 9.3.2014. Con lo reseñado en este párrafo se corrige el error material en que se incurre por la sentencia apelada cuando en el párrafo primero del F.D. Primero relaciona como resoluciones impugnadas en el presente procedimiento las de fecha 11.9.2015 y 8.6.2015, cuando las verdaderamente impugnadas son las ya dichas antes de 23.2.2016 y 8.4.2016.

Impugnada jurisdiccionalmente dicha resolución, referido recurso ha sido desestimado en la sentencia de instancia confirmándose la resolución administrativa impugnada y denegándose la solicitud de autorización de residencia temporal por concurrencia de **circunstancias excepcionales**, y ello por los siguientes razonamientos:

1º).- Tras recordar y transcribir el criterio expuesto al respecto por esta Sala en sus sentencia de 1.2.2013 , viene a concluir que no se ha acreditado que el empresario contratante del apelante disponga de medios económicos suficientes para llevar a cabo su proyecto empresarial y ello por lo siguiente:

"En el presente caso, la administración demandada ha valorado los ingresos económicos de la empresa que oferta el trabajo al demandante, con los datos de contratación previos a dicha oferta, para poder analizar si la actividad de la empresa acredita ingresos económicos que permitan la viabilidad de las obligaciones salariales y de seguridad Social que se contraería entre empleador y empleado. Y los datos suministrados por la administración, en el que figura unos rendimientos de trabajo de unos 35.000 euros, y la existencia de cuatro trabajadores para desarrollar la actividad en la empresa, ya que como señala la actora en su demanda <<No obstante, es necesario señalar que la persona física contratante de mi representado Iftikhar Ali posee un restaurante situado en la Calle Judería Vieja nº 5, llamado "BAR RESTAURANTE LA JUDERÍA, A RITMO DE



ESPECIAS", sobradamente conocido en Segovia, dedicado a la comida pakistaní, y que lleva operando desde Noviembre de 2012, y por lo tanto, más de **tres años**, siendo este dato verdaderamente significativo en tiempos de crisis.

Además, actualmente se encuentran trabajando en el citado restaurante CUATRO PERSONAS: un cocinero, dos ayudantes de cocina, y un camarero de barra; si bien, considera el empresario necesario un camarero de comedor, razón por la que desea contratar a D. Clemente .>>

De la documental obrante en los folios , se obtiene los siguientes datos:

-El empresario tiene unos rendimientos netos del trabajo de 25.185 euros

-El empresario abona la cantidad de 49.726, 83 euros en salarios y la cantidad de 17.045, 12 euros por cotizaciones sociales.

-El empresario tiene un hijo menor de edad

Con estos datos, el empresario no puede hacer frente a las obligaciones salariales que se pudieran contraer en la relación de trabajo, dada la ausencia de ingresos suficientes para hacer frente a las obligaciones que tiene contraídas con los otros trabajadores, y que suponen incluido cotizaciones sociales un importe de más de 65.000 euros anuales".

2º).- Y en segundo lugar, tras recordar sendas sentencias de esta Sala de 10.11.2009 y de 13.9.2009 que interpretan el requisito de la permanencia continuada de **tres años** exigido para el caso de autos, viene a concluir que en el presente supuesto no se cumple dicho requisito y ello por lo siguiente:

"El demandante permaneció fuera del territorio nacional, en los **tres años** anteriores a la solicitud, tal y como se deduce de los folios 7, 12, 21 y 22 del expediente administrativo, este estuvo ausente del territorio nacional entre el 4.10.2013 y el 9.03.2014, es decir un periodo de 5 meses y 4 días, de tal manera que la permanencia en territorio nacional no es continuada durante el periodo de **tres años**, dado que las ausencias ni son esporádicas, ni se encuentran justificadas, sin que exista acreditación de la razón de la ausencia del territorio nacional, y la alegación de haber ido a cuidar de su madre enferma, no aparece acreditada por medio probatorio alguno.

El demandante no cumple los requisitos acumulativos para ser acreedor de la autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales**.

SEGUNDO.- Frente a esta sentencia se alza el actor, hoy apelante, para solicitar su revocación y reclamar que se le reconozca su derecho a la autorización solicitada, y ello por lo siguiente:

1º).- Se infringe el art. 103.1 de la C.E . por falta de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al derecho, se infringen también los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogidos en el art. 9.3 de la C.E ., y también se infringe el art. 124.2.b) del Reglamento de **Extranjería** por cuanto que se ha denegado la autorización de residencia solicitada pese a que el apelante cumple todos los requisitos exigidos por el art. 124.2 citado incluido el contrato de trabajo firmado por empresario, sin que por el Reglamento ni por la Ley de **Extranjería** se exija para este concreto caso que tenga que acreditarse los medios económicos de los que dispone el empresario que le contrata, aunque si se exige dicha prueba si estuviéramos ante una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena ya que esta autorización conlleva un régimen diferenciado. Y se vulnera dicha normativa porque no se puede exigir al extranjero más requisitos que los enumerados en el art. 124.2 del RD 557/2011 , como así lo interpretan y aplican otras sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia.

2º).- Que se vulnera el art. 124.2, primer párrafo del RD 557/2011 , relativo al requisito de la acreditación de la permanencia continuada en España durante un período mínimo de **tres años**, toda vez que esta Sala en su sentencia 194/2013, de 10 de junio para un supuesto igual al aquí planteado se consideran admisibles ausencias de hasta seis meses continuados para no considerar interrumpido el requisito de la residencia continuada.

TERCERO.- A dicho recurso se opone la Administración demandada defendiendo la plena conformidad a derecho de la sentencia apelada, y ello de conformidad con los siguientes argumentos:

1º).- Que se aprecia en el recurso de apelación ausencia de crítica de la sentencia apelada ya que reproduce en sus propios términos las mismas cuestiones planteadas en su demanda, lo que necesariamente debe llevar a la desestimación del recurso de apelación de conformidad con el criterio jurisprudencial establecido al respecto.

2º).- Que se rechaza el motivo de impugnación relativo a la solvencia económica del empleador ya que la necesidad de la acreditación de los medios económicos del empresario para cumplir el contrato de trabajo ofertado viene exigido por los últimos pronunciamientos jurisprudenciales; y de los datos obrantes en el



expediente resulta claramente que los medios económicos de los que dispone el empresario no pueden reputarse suficientes en ningún caso para atender el coste que supondrían las obligaciones salariales y de seguridad social de un quinto trabajador.

3º).- En relación con el requisito de la permanencia continuada, este extremo viene exigido en el art. 124.2 del REx, sin contemplarse ninguna excepción posible, y menos aun cuando estamos ante un supuesto de autorización de carácter "**excepcional**", amén de que el tiempo por el que se ausentó el apelante fue superior a cinco meses, y por ello por un tiempo relevante.

CUARTO.- Vistos los términos en que se plantea el presente recurso se trata de dilucidar si la resolución administrativa impugnada y la sentencia que la confirma son o no ajustadas a derecho cuando deniegan la autorización solicitada por entender, en aplicación del art. 124.2 y del art. 64.3.b . y e), ambos del RD 551/2011 por el que se aprueba el Reglamento de **Extranjería**, por un lado que no se ha acreditado que el empresario contratante del apelante disponga de medios económicos suficientes para llevar a cabo su proyecto empresarial ni para garantizar una actividad continuada durante el período de tiempo de la actividad laboral, y por otro lado, porque el solicitante no acredita la permanencia continuada en España durante los **tres** últimos **años**, toda vez que según su pasaporte estuvo fuera de España desde el 4.10.2013 hasta el 9.3.2014

Y en relación con la primera causa de denegación que es confirmada y corroborada por la sentencia apelada tras hacer aplicación del criterio expuesto por esta Sala en sus sentencia 39/2013, de 1 de febrero, dictada en el recurso de apelación núm. 276/2012 , denuncia la parte apelante que se infringe el art. 124.2.b) del Reglamento de **Extranjería** , y por ello también los arts. 103.1 y 9.3 de la C .E. por falta de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al derecho, y por infringir los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por cuanto que se ha denegado la autorización de residencia solicitada exigiendo que tenga que acreditarse los medios económicos de los que dispone el empresario que le contrata como si estuviéramos ante una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, cuando se está ante autorización conlleva un régimen diferenciado, y que en el art. 124.2.b) del citado Reglamento no se exige como requisito tener que acreditar dicho extremo.

Procede rechazar el presente motivo de impugnación de conformidad con lo acertadamente razonado por la sentencia apelada que la Sala acepta y hace suyo dándolo por reproducido, amén de que este es el criterio que de forma reiterada viene aplicando esta Sala para casos similares, como así nos lo recuerda la sentencia de esta Sala núm. 189/2014, de fecha 5 de septiembre, dictada en el recurso de apelación num. 98/2014 cuando al respecto señala lo siguiente:

"Examinado de nuevo, a la vista de lo dispuesto en el art. 124.2 del RD 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de **Extranjería** y la documental aportada al expediente, considera esta Sala que tanto dicha resolución como la sentencia de instancia son plenamente ajustadas a derecho cuando concluyen que no queda acreditado que el empresario contratante garantice al trabajador el pago de salarios, hoy apelante, al no contar con medios económicos suficientes para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones derivadas del contrato firmado con el trabajador extranjero.

Así, en el art. 124.2.b) del Reglamento de **Extranjería** se exige además como requisito acumulativo para poder obtener la autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales** "*contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un período que no sea inferior a un **año**...*". Pero interpretado este precepto de forma sistemática en relación con lo dispuesto en el art. 129.2.a) y sobre todo en relación con lo dispuesto para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta en el art. 64.3.e) del citado RD 557/2011 , dispone este último precepto en relación con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar que será necesario que :

"e) *El empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador en los términos establecidos en el art. 66 de este Reglamento"*

Y referido art. 66 dispone lo siguiente:

"1. El empleador deberá acreditar que cuenta con medios en cuantía suficiente para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones derivadas del contrato firmado con el trabajador extranjero. Dicha cuantía deberá incluir el pago del salario reflejado en el contrato que obre en el procedimiento.

2. Cuando el empleador requerido sea una persona física, deberá además acreditar que cuenta con medios económicos suficientes para atender sus necesidades y las de su familia. La cuantía mínima exigible se basará en porcentajes del IPREM según el número de personas a su cargo, descontado el pago del salario reflejado en el contrato de trabajo que obre en el procedimiento:



- a) En caso de no existir familiares a cargo del empleador: una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.
- b) En caso de unidades familiares que incluyan dos miembros, contando al empleador solicitante: una cantidad que represente mensualmente el 200% del IPREM.
- c) En caso de unidades familiares que incluyan más de dos personas, contando al empleador solicitante: una cantidad que represente mensualmente el 50% del IPREM por cada miembro adicional.

En los casos de unidades familiares que incluyan dos o más miembros, los medios económicos a acreditar resultarán de la suma de aquéllos con los que cuente cada una de las personas que integren la unidad familiar".

Sobre un caso similar al aquí enjuiciando, así en relación también con una solicitud de autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales**, y aplicando este último precepto transcrito se pronuncia esta Sala en la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2012 dictada en el recurso de apelación 209/2012 a la hora de valorar si el empleador del solicitante extranjero cuenta con medios económicos suficientes para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo...".

Por tanto, el criterio que viene aplicando la Sala en esta cuestión lo es de forma reiterada y uniforme, y por ello no ofrece ninguna duda que en el presente caso era exigible tener que acreditar que el empleador/ empresario cuenta con medios en cuantía suficiente para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones derivadas del contrato firmado con el trabajador extranjero, como lo corrobora que el propio extranjero con su solicitud de autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales** por razones de **arraigo** social con autorización para trabajar, ha aportado no solo copia del contrato de trabajo firmado por el empresario y el propio ciudadano extranjero a que se refiere el art. 124.2.b) del Reglamento de **Extranjería**, sino que además a los folios 42 y siguientes del expediente consta unida declaración del IRPF correspondiente al empresario contratante con la finalidad de acreditar y de poner en conocimiento de la Administración los medios económicos de los que dispone dicho empresario, tal y como exige lo dispuesto en el art. 129.2.a) en relación con el art. 64.3, también de dicho Reglamento.

QUINTO.- Para enjuiciar la presente controversia no podemos olvidar que el extranjero apelante ha formulado una solicitud de autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales** por razones de **arraigo** social con autorización para trabajar, como lo corrobora que la propia parte apelante afirme y asevere en sus escritos que no solo aporta dicho contrato de trabajo sino que lo hace porque una vez se cuente con la autorización solicitada existe la voluntad firme y decidida de ambas partes contratantes de dar vida a dicho contrato de trabajo. Y siendo de este tenor la solicitud formulada, a la misma por un lado, al encontrarnos ante una solicitud de autorización de residencia temporal por **circunstancias** especiales por razones de **arraigo** social le es aplicable lo dispuesto en el art. 124.2.b), aportando copia de contrato de trabajo; y en segundo lugar como quiera que el solicitante está pretendiendo también, porque así lo manifiesta y lo reconoce en sus escritos hasta la saciedad, que dicha autorización de residencia lleve aparejada una autorización de trabajar en España durante la vigencia de aquella, es por lo que también a dicha solicitud le es aplicable de forma cumulativa el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 129.2.a) del citado Reglamento (este artículo está comprendido como el art. 124 en el mismo capítulo relativo a la "residencia temporal por **circunstancias excepcionales** por **arraigo**....") que dispone lo siguiente:

*"En los demás supuestos, el extranjero podrá solicitar, personalmente la correspondiente autorización de trabajo ante el órgano competente para su tramitación. Dicha solicitud podrá presentarse de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia por **circunstancias excepcionales** o bien durante el período de vigencia de aquella, y para su concesión será preciso cumplir:*

- a) De solicitarse una autorización de trabajo por cuenta ajena, los requisitos establecidos en los párrafos b), c), d), e) y f) del art. 64.3".

Y este artículo 64.3 señala los requisitos exigidos y a acreditar en relación con la actividad laboral a desarrollar con ocasión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Y más concretamente el apartado e) del citado art. 64.3 al que se remite el art. 129.2.a) exige acreditar que: "el empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador en los términos establecidos en el art. 66 de este Reglamento".

Por tanto la sentencia apelada y la Administración aciertan y aplican correctamente el Reglamento de **Extranjería** cuando exigen que para poder resolver sobre la solicitud de autorización de autos se debe acreditar que el empresario contratante dispone de medios económicos bastante para poder llevar a buen término el contrato firmado. Por ello y de conformidad con lo aquí razonado, no existe vulneración del art. 124.2 cuando es interpretado de forma sistemática en relación con el art. 129.2.a) y en relación con el art. 64.3.e), todos del



citado Reglamento; y no vulnerándose dicho Reglamento tampoco se infringen los arts. 103.1 y 9.3 de la C .E. ni se incurre en una actuación arbitraria ni por la Administración ni por la sentencia apelada.

Así, exigiéndose legal y también reglamentariamente la acreditación de dicho extremo (toda vez que el art. 31.3 de la L.O. 4/2000 remite a estos efectos a lo "se determine reglamentariamente"), y no discutiendo la parte apelante en su recurso de apelación el razonamiento y conclusión esgrimidos en la sentencia apelada acerca de que el empresario no cuenta con medios económicos para hacer frente a las obligaciones salariales y sociales derivadas del contrato firmado, es por lo que hemos de concluir desestimando el presente motivo de impugnación, y desestimando en este extremo el recurso de apelación.

SEXTO.- También la parte apelante impugna en el recurso de apelación el siguiente argumento esgrimido, tanto en la resolución impugnada como en la sentencia apelada, para denegar la solicitud de autorización formulada y que se refiere al supuesto incumplimiento del requisito de la permanencia continuada en España durante los **tres últimos años**. En relación con dicho requisito y el razonamiento esgrimido en la sentencia apelada, denuncia la parte apelante que también en este extremo se vulnera el art. 124.2, primer párrafo del RD 557/2011 , relativo al requisito de la acreditación de la permanencia continuada en España durante un período mínimo de **tres años**, toda vez que esta Sala en su sentencia 194/2013, de 10 de junio para un supuesto igual al aquí planteado se consideran admisibles ausencias de hasta seis meses continuados para no considerar interrumpido el requisito de la residencia continuada. Por la Administración demandada se insiste para rechazar dicho motivo en que el art. 124.2 del Reglamento de **Extranjería** no establece ninguna excepción en relación con el requisito de la permanencia continuada en España durante los **tres últimos años**.

Así la sentencia apelada para concluir que en el presente caso no se cumple con dicho requisito porque el apelante estuvo fuera de España de forma continuada entre los días 4.10.2013 a 9.3.2014 y no justificó la causa de dicha ausencia, recuerda el criterio jurisprudencial expuesto por esta Sala en sus sentencias de 10.11.2009 y 13.9.2009 ; por el contrario la parte apelante esgrime la sentencia de esta Sala de 10.6.2013 para concluir que en la interpretación del citado requisito se pueden admitir ausencias hasta el término de seis meses.

En todo caso, para comprender en todos sus términos como viene interpretando la Sala este requisito es preciso que hagamos una más amplia transcripción de lo dicho y concluido por esta Sala en su sentencia núm. 194/2013, de 10 de junio de 2.013, dictada en el recurso de apelación núm. 54/2013 , toda vez que en la misma este Tribunal también se hace eco de otros pronunciamientos del T.S. que enjuician dicho requisito. Y así en dicha sentencia señala este Tribunal lo siguiente:

"Por lo que hemos de considerar que en el caso de la residencia temporal por **circunstancias excepcionales** si el Reglamento no establece regla parecida a la que establece para la residencia permanente el artículo 149 2, de que la continuidad a que se refiere el apartado anterior no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro de los cinco **años** referidos en el apartado 1, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular.

Es por lo que si aplicásemos el mismo criterio para una residencia de **tres años**, como se exige en el caso de la residencia temporal por **arraigo** social, se podría considerar admitidas ausencias de hasta seis meses continuados, si para el periodo de cinco **años**, la normativa autoriza hasta diez meses, debiendo significar que en el presente caso dichas ausencias se producen...

Por lo que con dichos antecedentes y ante la regulación legal existente, ello exige recordar lo que al respecto venía interpretando y aplicando la Jurisprudencia del T.S y esta Sala sobre la residencia continuada en el caso de las autorizaciones de residencia temporal por situación de **arraigo**, en el anterior Reglamento, así en la sentencia que cita la apelada, dictada en el recurso de apelación 253/2010 , que reproducimos y en la que se concluía que:

*<<... Así dispone el art. 31.3 de la L.O. 4/2000 que: "La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de **arraigo**, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras **circunstancias excepcionales** que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado." En desarrollo de este precepto, y en lo que respecta al caso de autos social dispone el art. 45.2.b) del Reglamento de **Extranjería** aprobado por R.D. 2393/2004, cuando establece en torno a las "autorizaciones de residencia temporal por **circunstancias excepcionales**" que:*

*Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de **arraigo**, en los siguientes supuestos:*

*b) A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de **tres años**, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior*



a un **año** y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tengan su domicilio habitual".

En el art. 46 de dicho Reglamento se regula el procedimiento aplicable a dicha solicitud de autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales**, y también señala dicho precepto la documentación que debe aportar el solicitante para acreditar los requisitos y condiciones exigidas para obtener la misma. Por tanto, a la vista de los preceptos transcritos no ofrece ninguna duda que quien tiene que acreditar la concurrencia en este caso del requisito discutido, es decir de la permanencia continuada en España durante un período mínimo de **tres años** es el propio actor, y no la Administración.

En aplicación de dicho precepto, y para dilucidar cómo debe entenderse el requisito de la permanencia continuada en España se ha pronunciado esta Sala en sentencia de fecha 16.11.2007, dictada en el recurso 178/2008 en los siguientes términos y haciéndose también eco de la siguiente Jurisprudencia del T.S.:

<< Toda la cuestión estriba en determinar si existe residencia continuada o no existe residencia continuada. La sentencia considera que existe residencia continuada, amparándose en que se le ha venido concediendo reiteradamente el permiso de residencia temporal, sin que haya existido interrupción o intervalos de tiempo en el que doña Dulce haya carecido de este permiso de residencia; así como también en la **circunstancia** de la presunción "iuris tantum" de residencia acreditada con las certificaciones de empadronamiento. Sin embargo, el art. 45 del Real Decreto 2393/04, no se refiere a que tenga concedida la autorización de residencia, sino a que la permanencia sea continuada....

Pues bien, de los sellos que figuran en el pasaporte se desprende que la solicitante de la autorización de residencia no ha estado en España durante todo el período de los **tres años**, por lo que es trascendente en determinar el alcance que se puede dar a la palabra "continuada". Este alcance no puede ser el mismo que se reconoce por este mismo Real Decreto para los supuestos de residencia permanente, puesto que la excepción que permite el art. 72.2 se refiere expresamente para los supuestos del párrafo anterior, es decir para los supuestos de residencia permanente recogidos en el número 1 de este artículo 72:....

Este precepto se refiere expresamente a esa situación concreta, sin que pueda trasladarse a otros supuestos, como puede ser la autorización de residencia temporal.

No obstante, no debe considerarse la exigencia de residencia continuada como la que impone necesariamente la exigencia de encontrarse en España durante los **tres años** sin que pueda ausentarse del país en ningún momento. En ese sentido procede considerar la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2005 del Tribunal Supremo, recurso número 3183/2001, ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí: "TERCERO.- Este motivo de casación debe ser estimado, pues partiendo de los mismos hechos declarados probados por la Sala de instancia, no compartimos el criterio sustentado por la sentencia recurrida para desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado contra la denegación de la nacionalidad española, pues, admitida por la resolución administrativa impugnada y por el Tribunal a quo que en la señora Rocío, concurrían los presupuestos o requisitos temporales que le habilitaban ab initio para solicitar por residencia legal la concesión de la nacionalidad española, pues la residencia continuada tiene un indubitado alcance jurídico ya que no significa que la misma sea tenida por absoluta, pues, según declaramos en nuestras sentencias de veintisiete de julio de dos mil cuatro -recurso de casación 6085/2004- y veintidós de diciembre de dos mil **tres** -recurso de casación 4694/1999-, el extranjero residente legalmente en España puede viajar fuera del territorio nacional, mientras que éstos viajes sean esporádicos o bien necesarios y aquí, en el supuesto que enjuiciamos, concurren ambas **circunstancias** determinadas por la enfermedad de la recurrente advenida por los informes médicos".

Este mismo concepto de residencia continuada se recoge en la sentencia del mismo Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2007, si bien en este caso referida a solicitudes de nacionalidad, número de recurso 4556/2003, ponente: Excmo. Sra. D^a. Margarita Robles Fernández: "Esta Sala, en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 23 de Noviembre de 2.000 (Rec.9058/96) hemos dicho: "El recurrente en casación al sostener que las ausencias ocasionales citadas rompen la residencia continuada en España confunde el concepto de residencia, entendido éste en sentido técnico jurídico de residencia determinante del domicilio y que por tanto debe ser entendida como residencia habitual, con el de presencia física. A esta interpretación, que es la que por otra parte viene habitualmente efectuando la Administración en el caso de deportistas internacionales, no se opone en absoluto la exigencia, establecida en el número **tres** del citado artículo 22 del Código Civil, de que la residencia sea continuada, tal requisito debe ponerse en directa relación con el concepto de residencia que establece el artículo 13.1 de la Ley 7/1985 de modo que la no presencia física ocasional y por razones justificadas del territorio español no presupone el incumplimiento del requisito de residencia continuada siempre que no se traslade la residencia habitual y por ende el domicilio fuera del territorio español."

En atención a la interpretación dada por nuestro Tribunal Supremo, quien haya obtenido la autorización de residencia temporal puede salir y entrar en el país cuantas veces quiera; pero para considerar que la



permanencia en el país sea continuada, es preciso que estas salidas sean esporádicas y justificadas, lo que en el presente caso cabe apreciar en este caso, dado que existen dos periodos de ausencia en el **año** 2009 de 98 días y en el **año** 2010 de 76 días, sin que exista ausencia en el **año** 2011, estando además la ausencia del **año** 2010 podría estar justificada en la enfermedad de la madre, pero es que además a una cuestión similar a la que nos ocupa se ha enjuiciado por esta Sala en la sentencia de fecha 20.11.2009, dictada en el recurso de apelación núm. 203/2009 en el que se consideraba no acreditado el dato de la permanencia continuada durante **tres años** por los siguientes motivos:

*<<Aplicando tales criterios legales y jurisprudenciales al caso de autos y poniéndolos en relación con los motivos de impugnación esgrimidos por la parte apelante, considera la Sala que procede desestimar tales motivos y por ello el recurso de apelación interpuesto, confirmando tanto la sentencia de instancia como la resolución administrativa impugnada cuando deniega la solicitud de autorización de residencia por **circunstancias excepcionales**, toda vez que de lo acreditado en el expediente y puesto en relación tanto con la normativa aplicable como con el criterio jurisprudencial expuesto, resulta sin ningún género de duda que el interesado, como era su obligación, no ha acreditado el requisito de la permanencia continuada en España durante un período mínimo de **tres años**.*

*Y ello es así por cuanto que del propio expediente y sobre todo de los **tres** sellos de entrada a Tánger y de los **tres** sellos de salida de Tánger (sin que ninguno se refiera curiosamente a entradas o salidas por puesto habilitado en territorio Español) que se recogen en su pasaporte se evidencia que el apelante al menos se ha ausentado del territorio Español durante los siguientes períodos de tiempo mínimos: de 5.10 a 15.11.2005, de 19.12.2006 a 5.3.2007 y de 22.8.2007 a 22.10.2007, sin que en ningún caso haya justificado o motivado tales salidas; es decir, que el apelante entre el día 5.10.2005 y el día 22.10.2007, es decir en tan solo dos **años** se ausentado mencionados períodos sin que por el mismo se haya justificado la necesidad tales ausencia; y no solo eso, sino que como acertadamente razona la resolución recurrida y la Administración demandada la falta de sellos de entrada y salida de las autoridades españolas en referido pasaporte, viene a demostrar que el actor se ausentó de España al menos durante mencionados períodos de tiempo, todo lo cual lógicamente lleva a esta Sala a concluir que la permanencia del apelante en territorio español se ha interrumpido de forma no justificada ni razonada durante unos períodos de tiempo que no ha acreditado dicha parte, determinando ello que no pueda hablarse de la concurrencia en el solicitante del requisito de la permanencia continuada en España durante un período mínimo de **tres años**.*

*Sin embargo el apelante, para entender cumplido el requisito de dicha permanencia continuada, considera que debe atenderse por un lado al dato de que el mismo era titular de un autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena desde el 11.8.2005 al 11.8.2008, y que le fue denegada su segunda renovación por no tener el tiempo de trabajo suficiente, y por otro lado, que como quiera que las ausencias del apelante del territorio español a que se refieren la sentencia y la resolución tuvieron lugar durante la vigencia de dicha autorización, ello no debe impedir la concurrencia de la vinculación y el **arraigo** exigido para obtener la autorización solicitada por cuanto que tal vinculación y **arraigo** resulta de la propia autorización de la que venía disfrutando.*

*La Sala no puede compartir este criterio finalista que formula el apelante, por cuanto que si bien es cierto que ha sido titular de dicha autorización durante la vigencia de **tres años** (una autorización inicial de un **año** con posterior renovación por dos **años**), también lo es que esta autorización formal y de naturaleza jurídica no significa sin más que durante su vigencia el titular de la misma haya permanecido de forma continuada en España y haya trabajado de forma continuada en España; el otorgamiento de tal autorización da derecho a su titular a residir legalmente en España y a trabajar legalmente en España pero ello no supone necesariamente tener que inferir y suponer como pretende la parte apelante que el titular de dicha autorización vaya a permanecer en España de forma continuada y menos aún que vaya a trabajar también España, Y tan es así que en el presente caso al apelante le fue denegada la 2ª renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena simple y llanamente, como dicha parte reconoce, porque no había trabajado durante los dos **años** de vigencia de su autorización renovada el tiempo exigido reglamentariamente para obtener su segunda renovación; es decir, que ya en su momento se demostró que el apelante no trabajó durante tales períodos de tiempo exigidos reglamentariamente; y ahora también se demuestra y se acredita, en contra de la presunción que pretende aplicar el apelante, que su permanencia en España no ha sido continuada durante un período mínimo de **tres años**.*

*Pero es que además tampoco se puede compartir el argumento de la parte apelante relativo a que el hecho de haber sido beneficiario de dicha autorización no debe impedir la concurrencia de la vinculación y el **arraigo** exigido para obtener la autorización solicitada por cuanto que tal vinculación y **arraigo** resulta según la apelante de la propia autorización de la que venía disfrutando; y no se comparte dicho argumento ya que no puede mantenerse la existencia de dicha vinculación y **arraigo** cuando por un lado se le ha denegado la 2ª renovación de la autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena por no haber alcanzado el tiempo suficiente de trabajo para obtener su segunda renovación, y cuando por otro lado, no ha acreditado que con anterioridad a*



solicitar el permiso de residencia por **circunstancias excepcionales**, haya permanecido de hecho y realmente de forma continuada en España durante un período mínimo de **tres años**, toda vez que no ha acreditado el tiempo real que han durado sus ausencias del territorio Español ni que dichas ausencias hayan sido esporádicas y justificadas.>>

Por lo que a sensu contrario, en este caso se puede concluir que las ausencias han sido en los dos periodos antes indicados y en el caso del **año** 2010 parcialmente justificadas por la enfermedad de la madre del recurrente, sin que exista ausencia en el **año** 2011, siendo por otro lado concurrente la existencia de residencia desde el **año** 2007 por el empadronamiento, y la existencia también de **arraigo** social y laboral como lo acredita la existencia de contrato de trabajo previo que se extinguió como consecuencia de la denegación del permiso temporal por **circunstancias excepcionales**, estando el empleador a la fecha actual interesado en la contratación, por lo que dado que el Reglamento no establece específicamente plazo de ausencia que determine que no estamos ante una residencia continuada, aplicando por analogía el periodo que se considera justificada para la residencia permanente, y la jurisprudencia citada, en el presente caso cabe concluir como se ha realizado en la sentencia de instancia procediendo por todo ello la desestimación del recurso de apelación".

SÉPTIMO.- De lo expuesto en dicha sentencia reseñada se puede apreciar que esta Sala podría (como posibilidad no como mandato imperativo) admitir en relación con el requisito exigido de la permanencia continuada en España durante el periodo mínimo de **tres años** para obtener la autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales** por **arraigo** social, un periodo de ausencia de hasta seis meses, y ello por analogía con lo dispuesto en el art. 148 del mismo Reglamento de **Extranjería** para la residencia de larga duración, toda vez que el art. 124.2 guarda silencio al respecto. Pero a la vez que la Sala admite la eventual posibilidad de poder admitir esos periodos de ausencia, también razona y justifica el T.S. que tales ausencias tienen que ser esporádicas justificadas para poder mantener el dato de que la permanencia no ha dejado de ser continuada.

Y en el caso de autos la sentencia apelada además de reseñar que ha habido una ausencia continuada de España por parte del apelante desde el día 4.10.2013 hasta el día 9.3.2014, es decir durante cinco meses y seis días, también esgrime que esa ausencia no ha sido ni esporádica ni justificada, por cuanto que no acredita la razón de tal ausencia prolongada, y que siendo así las cosas no puede entenderse cumplido tampoco el requisito de la permanencia continuada en España exigida en el art. 124.2 del Reglamento de **Extranjería**.

La Sala por tanto considera que la interpretación que verifica la sentencia apelada no solo es ajustada al criterio que viene aplicando esta Sala, sino que además es respetuosa con una interpretación sistemática del art. 124.2 del Reglamento de **Extranjería** y también con lo que al respecto viene diciendo la Jurisprudencia del T.S. tal y como hemos recogido en la sentencia trascrita.

Por todo lo expuesto, con base en los razonamientos expuestos, también procede rechazar este segundo motivo de impugnación. Y rechazándose sendos motivos procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y las pretensiones formuladas por la parte actora en su recurso de apelación, confirmándose en todos sus extremos la sentencia apelada.

ÚLTIMO.- Desestimándose en su integridad el recurso de apelación interpuesto, procede en aplicación del art. 139.2 de la LRJCA imponer a la parte apelante las costas devengadas en esta segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación la SALA ACUERDA

FALLO

Desestimar el recurso de apelación núm. 193/2016, interpuesto por el ciudadano de Marruecos, D. Clemente , representado por el procurador D. Eusebio Gutiérrez Gómez y defendido por la letrada D^a Sonsoles Jorge Sanz, contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2.016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Segovia en el procedimiento abreviado núm. 101/2016, por la que, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el anterior contra la resolución de 8 de abril de 2.016 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Segovia que se desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución de la misma Subdelegación de 23 de febrero de 2.015 por la que se deniega la solicitud de autorización de residencia temporal por **circunstancias excepcionales** por razones de **arraigo** formulada por el ciudadano marroquí D. Clemente , se declara ajustada a derecho la resolución impugnada, y ello con condena en costas a la parte actora con un límite máximo de 500 euros; y en virtud de dicha desestimación se confirma en su integridad la sentencia de instancia, y ello con expresa imposición de las costas procesales devengadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes.



La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

Firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ