



Roj: **STSJ CL 2957/2015 - ECLI: ES:TSJCL:2015:2957**

Id Cendoj: **47186330032015100438**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **19/06/2015**

Nº de Recurso: **195/2015**

Nº de Resolución: **1286/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ZATARAIN VALDEMORO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

VALLADOLID

SENTENCIA: 01286/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección : 003

VALLADOLID

-

N56820

C/ ANGUSTIAS S/N

N.I.G: 47186 33 3 2015 0102742

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000195 /2015

Sobre: EXTRANJERIA

De D./ña. Jacobo

Representación D./D^a. ISABEL HERRERA SANCHEZ

Contra D./D^a. SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN SALAMANCA

Representación D./D^a. ABOGADO DEL ESTADO

En la Ciudad de Valladolid a diecinueve de junio de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, constituida por los lltmos. Sres. Magistrados Don AGUSTÍN PICON PALACIO, Doña MARÍA ANTONIA LALLANA DUPLÁ y Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO, siendo Ponente de la misma el señor Zatarain y Valdemoro, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA Nº 1286

En el recurso de apelación contencioso-administrativo número **195/15** interpuesto por D. Jacobo representado/a por el/la Procurador/a Sr/Sra. Herrera Sánchez, y defendido/a por la letrado/a Sr/Sra. Alonso Mulas contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Salamanca de 28.01.2015, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 298/13 seguido por los trámites del procedimiento abreviado; habiendo comparecido como parte apelada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr/Sra. Abogado/a del Estado en virtud de la representación que por Ley ostenta.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Salamanca se dictó sentencia el 28.01.2015, que puso fin, en instancia, al recurso contencioso-administrativo nº 298/13 seguido por los trámites del procedimiento abreviado. La mencionada sentencia confirmaba la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Salamanca de 11.07.2012 que denegaba solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales (arraigo social).

No conforme con la sentencia referida, D. Jacobo interpuso recurso de apelación contra aquella suplicando de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo su revocación .

SEGUNDO - Tras la admisión del recurso se confirió traslado a la parte apelada para que formalizase su impugnación o adhesión a la apelación interpuesta, habiendo presentado la defensa de la Administración General del Estado escrito de oposición al recurso de apelación planteado.

TERCERO - Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y no recibido el recurso a prueba, se señaló el día 18.06.2015 para votación y fallo, lo que se efectuó.

Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

Es magistrado ponente de la presente sentencia el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO, quien expresa el parecer de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Resolución impugnada y posiciones de las partes.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Salamanca de 28.01.2015 (PA nº 298/2013) confirmó la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valladolid de 11.07.2012 que denegaba solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales asumiendo que el actor no ofrecía la disposición de medios de vida suficientes.

En esta alzada procesal, el actor plantea una defectuosa valoración de la prueba pues ha ignorado que efectivamente se presentaron documentos y prueba suficiente acreditativos del arraigo del actor que aconsejaría el otorgamiento de residencia inicial solicitada.

La defensa de la administración del Estado interesa la confirmación de la sentencia insistiendo en una correcta valoración de la prueba.

SEGUNDO .- Sobre la concurrencia de los requisitos establecidos para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Es sabido que en el recurso de apelación regulado en nuestra LJCA vigente, y a diferencia de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo emanada bajo la vigencia de la LJCA de 1956 que el órgano jurisdiccional "ad quem" examine, siempre a instancia de parte, la sentencia dictada por el juez "a quo". Su función revisora abarcaría tanto los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Así el tribunal "ad quem" examina de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Mas ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia.

Tanto formal como materialmente, tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica. A estos efectos es importante destacar que el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas) sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso (art. 85 LJCA).

Inexorablemente, si en el recurso de apelación se cuestiona la valoración de la prueba hecha en instancia (v. nuestra STSJ de 30 de abril de 2004-EDJ 2004/51007-) ha de prevalecer la apreciación realizada en la instancia, salvo en aquellos casos en los que se revele de forma clara y palmaria que el órgano "a quo" ha incurrido en error al efectuar tal operación, o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la



prueba contradice las reglas de la sana crítica. Ello porque, a salvo de alguna prueba que se practique en la apelación, normalmente es el órgano judicial de instancia quien practica de forma directa las pruebas, con observancia del principio de inmediación y en contacto directo con el material probatorio, con lo que estará en mejor posición en tal labor de análisis de la prueba que la que tendrá la Sala que conozca de la apelación. Corrobora estas consideraciones la limitación que la propia LRJCA realiza en su artículo 85 respecto de las posibilidades de proposición de prueba en apelación, circunscribiéndolas a las indebidamente denegadas o no practicadas por causas no atribuibles a la parte proponente. En conclusión, estará defectuosamente planteada toda aquella apelación que no vaya encaminada a la crítica de la sentencia y simplemente trate de reproducir el juicio en segunda instancia desconociendo lo ya resuelto por el juzgado.

Por otro lado, no pueden exhibirse posiciones maximalistas pues la incorporación de los nuevos sistemas de grabación de las vistas orales y documentación de las actas de los juicios permite mejorar muy sustancialmente la posibilidad de control de la prueba realizada por el juzgado de instancia, y ello con una apreciable mejora de la inmediación, aunque desde luego, justo es reconocerlo, el tribunal superior no llega estar al mismo nivel de inmediación probatoria de que disfruta el juzgado de instancia. Conviene entonces recordar la STS, Contencioso sección 6 del 08 de Julio del 2010 (ROJ: STS 3731/2010) Recurso: 3266/2009 cuando decía que " la sentencia dictada era susceptible de recurso de apelación ante la Sala del mismo orden del Tribunal Superior de Justicia, órgano superior que, como corresponde además a la naturaleza propia del recurso de apelación, puede revisar con plena jurisdicción tanto los aspectos fácticos como la fundamentación jurídica de la resolución que se somete a su enjuiciamiento, al abrir, en definitiva, una segunda instancia, como ha declarado esta Sala en Sentencia de 5 de Julio de 1.997 ".

El art 31 de la L.O 4/2000 establece, en lo que aquí interesa, 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. La autorización inicial de residencia temporal y trabajo, que autorizará a realizar actividades lucrativas por cuenta propia y/o ajena, se concederá de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 36 y siguientes de esta Ley . Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Por tanto, para la concesión de la autorización inicial de residencia temporal el demandante no debe tener antecedentes penales, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de renovación de residencia temporal respecto de los cuales propio art 31 establece que para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso:

- a) Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.
- b) El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social.

A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta Ley.

Por su parte, el art. 123 del Real Decreto 557/2011 dispone que: " 1. De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, previstos en los artículos siguientes.

2. El contenido de este capítulo debe ser interpretado sin perjuicio de la posible concesión de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en base a lo previsto en los artículos 31 bis , 59 y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero . Igualmente, podrán concederse otras autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en los términos establecidos en la Disposición adicional primera.4 de este Reglamento ".

Finalmente el art. 124 se refiere a la autorización de residencia temporal por razones de arraigo y, en el supuesto de arraigo social, que es el invocado por el recurrente en su solicitud, prevé que se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo social a los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.



b) Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. Dicha contratación habrá de estar basada en la existencia de un solo contrato, salvo en los siguientes supuestos:

1. En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses.

2. En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos, todos ellos de duración mínima de un año, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.

c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

A dichos efectos, el órgano autonómico competente podrá realizar consulta al Ayuntamiento donde el extranjero tenga su domicilio habitual sobre la información que pueda constar al mismo.

El informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente, siempre que ello haya sido previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

El informe de la Corporación local habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Corporación local deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

El órgano que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes. En caso de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 105.3 de este Reglamento, se podrá alegar que los medios económicos derivan de una actividad a desarrollar por cuenta propia.

El art. 105.3 establece lo siguiente: "*Por otra parte será necesario cumplir las siguientes condiciones en materia de trabajo:*

Cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada.

Poseer la cualificación profesional legalmente exigida o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como en su caso la colegiación cuando así se requiera.

Acreditar que la inversión prevista para la implantación del proyecto sea suficiente y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo.

Que el extranjero cuente con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento. En caso de que los recursos acreditados deriven del ejercicio de la actividad por cuenta propia, su valoración se realizará una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad.

Las cuantías a acreditar serán aquéllas previstas en relación con solicitudes de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, en función de las personas que el interesado tenga a su cargo.

Haber abonado la tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta propia".

Pues bien, con todas las cautelas, el informe de integración social favorable por haber quedado acreditado su arraigo en el municipio emitido por el Ayuntamiento de Béjar el día 3 de enero de 2013, si bien reconoce un escaso lapso temporal del actor, ello no puede suponer que ante supuestos de cambio de residencia se pierda el arraigo, si, como es el caso, el actor lleva residiendo en nuestro territorio desde el año 2006. NO en vano



el juzgado de instancia reconoce que "...habiendo residido anteriormente en Almería como se desprende del informe de arraigo social del Ayuntamiento de Almería de 2010 y los cursos de formación realizados también en Almería en 2010".

En puridad, el proyecto de negocio presentado por el interesado, en contra de lo argumentado por el Sr. Abogado del Estado, si bien es una propuesta de autoempleo, en el cual se limita a indicar que pretende dedicarse a la venta ambulante de todo tipo de complementos, sí que acompaña una documental de haber satisfecho tasas por , se supone, ocupación de mercados y ferias desde diciembre de 2012 (en el Barco de Ávila -localidad cercana y en Béjar-), está dado de alta en el IAE, acompaña un plan de empresa y esencialmente si la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad proyectada es de 1.500 euros, aporta certificación bancaria de libreta de ahorro a la vista de Caja Laboral con el saldo a una determinada fecha, el cual asciende a 2.200 aprox. euros el día 25 de febrero de 2013, no pudiéndose determinar un saldo medio de la misma, pero si es acreditativo de la tenencia del capital necesario para el desarrollo de la actividad. Ciertamente es que la documentación del vehículo que presenta figura a nombre de El Hadji Ndiaye, nacional de Senegal, con domicilio en Almería pero el citado documento ha sido suscrito en Salamanca.

Debe pues estimarse el recurso.

ÚLTIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA de 1998 y habiéndose estimado el recurso de apelación no es procedente la imposición de costas.

Vistos los artículos precedentes y demás de pertinente aplicación, este Tribunal, dicta el siguiente

FALLO

Que estimamos el recurso de apelación núm. **195/15** interpuesto por D. Jacobo contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Salamanca de 28.01.2015, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 298/13 seguido por los trámites del procedimiento abreviado, que se revoca y anulamos la resolución de la Subdelegación del Gobier **no** en Valladolid de 11.07.2012 que denegaba solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales, procediendo la concesión de la misma; sin costas.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.