



Roj: **STSJ M 11162/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:11162**

Id Cendoj: **28079330102015100587**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **07/10/2015**

Nº de Recurso: **331/2015**

Nº de Resolución: **608/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCA MARIA DE FLORES ROSAS CARRION**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004

33010310

NIG: 28.079.45.3-2011/0025055

Recurso de Apelación 331/2015

Recurrente: D. Bruno

PROCURADOR D. FEDERICO ORTIZ-CAÑAVATE LEVENFELD

Recurrido: DELEGACION DE GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 608/2015

Presidente:

Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

Dña. M^a DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO

En la Villa de Madrid, a 7 de octubre de 2015.

Visto por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida por los Magistrados anotados al margen, el presente recurso de apelación, número 331/2015 de su registro, que ha sido interpuesto por don Bruno , representado por el Procurador don Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld y dirigido por la Letrada doña María Teresa de la Cruz Yagüe, contra la sentencia dictada en fecha de 21 de julio de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 21 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 564/2011 de su registro.

Es parte apelada la Administración del Estado, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 21 de Madrid, don Bruno , nacional de Colombia, interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada en fecha de 15 de abril de 2011



por la Delegación del Gobierno en Madrid, que le denegó la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo que había solicitado el día 15 de julio de 2010.

En fecha de 21 de julio de 2014, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia desestimatoria del recurso.

SEGUNDO.- Notificada la referida sentencia a las partes, don Bruno interpuso contra la misma recurso de apelación, del que, una vez admitido a trámite, se dio traslado a la parte apelada, que formalizó por escrito su oposición.

TERCERO.- Remitidos los autos y el expediente administrativo a la Sala, y no habiéndose solicitado el recibimiento de la apelación a prueba, la celebración de vista, ni la presentación de conclusiones, se señaló para deliberación y fallo el día 23 de septiembre de 2015, fecha en que tuvo lugar.

En la tramitación de este recurso se han observado las reglas establecidas por la Ley.

Ha sido Magistrado Ponente doña FRANCISCA ROSAS CARRION, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Bruno, nacional de Colombia, ha interpuesto el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha de 21 de julio de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 21 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 564/2011 de su registro, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución dictada en fecha de 15 de abril de 2011 por la Delegación del Gobierno en Madrid, que le denegó la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social, que había pedido en fecha de 15 de julio de 2010 al amparo del artículo 45.2.b) de Real Decreto 2393/2004.

La resolución administrativa rechazó la solicitud con base en el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y en el artículo 45.2.b) en relación con los artículos 50.3.c) y 53.1.i) y f) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por existir previo informe gubernativo desfavorable, en que se recogía, de una parte, la existencia de una orden de expulsión dictada el 9 de julio de 2010 y notificada el 22 de julio de 2010 y, de otra que, siendo requisito esencial contar con un contrato de trabajo, se había comprobado que la empresa/empleador no contaba con medios económicos materiales y personales para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por resolución de 28 de noviembre de 2011, se desestimó el recurso de reposición deducido contra la anterior.

La sentencia de instancia, razonando que no procedía denegar la solicitud por la existencia de la previa orden de expulsión, al haber sido la misma suspendida en virtud de auto dictado en fecha de 26 de julio de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 15 de Madrid, desestimó el recurso contencioso administrativo al considerar que la denegación era procedente por no haberse acreditado que el empleador contara con medios económicos materiales y personales para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, requisito que consideró exigible para la concesión de la autorización de residencia por circunstancias especiales de arraigo por entender que así se disponía en los artículos 50.3.c) y 53.1.f) del Real Decreto 2393/2004.

Don Bruno sostiene en esta alzada que la sentencia impugnada no se ajusta a derecho, argumentando que se ha acreditado que el empleador tiene medios económicos suficientes, ya que las declaraciones trimestrales de IRPF son estimativas, y que los ingresos de 22.254 euros en el año 2009, recogidos en la declaración del impuesto efectuada en 2010, no constituyeron obstáculo alguno para que la Administración concediera la autorización a otra trabajadora que el empleador había contratado con anterioridad, y cuyas nóminas se aportaron para acreditar la realidad de aquella relación laboral que, una vez concluida, dio lugar a la oferta de trabajo efectuada al apelante.

La Administración del Estado ha impugnado el recurso y pedido la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Al recurrente le asiste la razón.

Ya hemos declarado recientemente en otras sentencias de esta Sección que los artículos 31 y 36 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social diferencian los supuestos de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial y de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de arraigo, distinción que se traslada al Real Decreto 2393/2004, aplicable al supuesto litigioso por razones de eficacia temporal, que en sus artículos 49 a 54 regula la situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (Sección Primera, Capítulo II del Título IV), y en sus artículos 45 a 47 (Sección Tercera, Capítulo I Título IV) regula la situación de residencia



temporal en supuestos excepcionales, entre los que se encuentran los de arraigo, cuyas respectivas causas, requisitos de concesión y efectos son diferentes a los de la autorización ordinaria, estándose en el caso de que, mientras que corresponde al empresario solicitar esta autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, la petición de autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo le compete personalmente al ciudadano extranjero que, conforme al régimen reglamentario que le es aplicable, no tiene la carga de acreditar que el empleador cuenta con medios económicos, materiales o personales, suficientes para la viabilidad de su proyecto empresarial ni para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato con respecto al trabajador, en los términos establecidos en los artículos 50.3.c) y 53.1.f) del Real Decreto citado, que no se refieren al supuesto de autos, sino a las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena formuladas por el empresario a favor del extranjero al que contrata.

En cierto que en estos últimos casos se exige que el empresario garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar, que la empresa solicitante de la autorización haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y que se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social -sin perjuicio de que la Administración pueda, además, requerir al empresario que acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial-.

Pero también lo es que ése no es el supuesto aquí enjuiciado, sino el de autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo amparado en el artículo 45.2.b) del Real Decreto 2393/2004, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

...

A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período 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 tenga su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa".

Pues bien, en el caso de autos el solicitante reunía los requisitos precisos para obtener la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de arraigo que había solicitado:

En primer lugar porque ha probado con documentación abrumadora su permanencia continuada en España desde el 14 de noviembre de 2001, en que entró por el puesto fronterizo de Madrid-Barajas; así resulta de los siguientes documentos: certificado del Padrón Municipal de Requena, con alta de 16 de noviembre de 2001 y baja de 3 de octubre de 2006, por traslado a Pedrezuela; copia de historia clínica 2002-2005; certificado de estudios de Programa de Garantía Social en el curso 2005/2006; informe positivo de inserción social de 2006, donde se recogen estudios de ESO en el curso 2002/2003 así como que vive con su madre y hermanos; otro informe de igual naturaleza efectuado en 2008; certificados de fe de vida y estado expedidos por el Juzgado de Paz de Pedrezuela en 2006, 2007 y 2008; copias de resoluciones administrativas de archivo por desistimiento de solicitudes de autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo, y de desestimación de recurso de reposición en 2007 y 2008; dos ofertas de contrato de trabajo formuladas en 2007; extracto de movimientos de cuenta bancaria durante el año 2008, donde se recogen abonos de nómina; la documentación relativa a accidente de tráfico y asistencia sanitaria, de varios meses de duración por dicha causa, en el año 2009; certificación del Padrón Municipal de Pedrezuela de 2009, donde consta que don Bruno vivía con su madre y hermanos, así como diferentes documentos relativos a asistencias sanitarias en 2010.

En segundo término, porque cuando el apelante solicitó la autorización, y también cuando se denegó la misma, carecía de antecedentes judiciales y de asuntos pendientes con las autoridades judiciales o la policía, en Colombia así como de antecedentes penales en España -véase que las dos condenas penales que constan en el expediente administrativo finalmente remitido al Juzgado no pueden ser tomadas en consideración, no sólo porque tampoco lo fueron en el acto administrativo y en la sentencia de instancia, sino también porque no podían ser tenidas en cuenta, dada las fechas de las sentencias firmes y las de comisión de los hechos delictivos sancionados-.

En tercer lugar, porque don Bruno ha acreditado vínculos familiares con otros extranjeros residentes en nuestro país, habida cuenta de que vive con sus hermanos y con su madre, la cual es titular de una autorización de residencia y trabajo, primera renovación.



Finalmente, porque don Bruno acreditó documentalmente que tenía una oferta de trabajo, fechada el 14 de julio de 2010, para un contrato a tiempo completo, de un año de duración y cuyo objeto era la realización de los recados y tareas que precisara el despacho del Abogado contratante, habiéndose aportado, además, documentación acreditativa de la existencia real de ese despacho profesional -cotizaciones de su titular a la Seguridad Social, pago de IRPT como autónomo, y alta en Mutua Patronal-, por todo lo cual ha de considerarse cumplido el correspondiente requisito reglamentario, que en absoluto se extiende a la acreditación por el trabajador, difícilmente a su alcance, de la situación de la empresa que le ha contratado, y que se le ha exigido tanto en vía administrativa como en la primera instancia judicial, al haberse confundido el régimen jurídico de la autorización de residencia por razones excepcionales de arraigo con el correspondiente a la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena que los empresarios soliciten para los trabajadores extranjeros que pretendan contratar.

Así las cosas, al haberse desvirtuado en esta instancia los fundamentos de la sentencia impugnada, resulta procedente estimar el presente recurso de apelación.

TERCERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no ha lugar a formular condena al pago de las costas procesales.

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

FALLAMOS:

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por don Bruno contra la sentencia dictada en fecha de 21 de julio de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 21 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 564/2011 de su registro, la cual revocamos y, en su lugar, estimamos el recurso contencioso administrativo deducido contra la resolución dictada en fecha de 15 de abril de 2011 por la Delegación del Gobierno en Madrid, que anulamos, y reconocemos el derecho del apelante a que se le conceda la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo que solicitó en fecha de 15 de julio de 2010, sin formular condena en costas.

La presente resolución es firme.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día , de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.