



Roj: STSJ GAL 373/2013
Id Cendoj: 15030330012013100056
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 489/2012
Nº de Resolución: 59/2013
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: JULIO CESAR DIAZ CASALES
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00059/2013

PONENTE: D. JULIO CESAR DIAZ CASALES

RECURSO DE APELACION NÚMERO 489/2012

APELANTE: D^a Zaira

APELADA: SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN A CORUÑA.

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a.

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.

JULIO CESAR DIAZ CASALES

MARIA DOLORES GALINDO GIL

A CORUÑA , veintitrés de enero de dos mil trece .

En el RECURSO DE APELACION 489/12 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D^{ña}. Zaira , representada por la Procuradora D^{ña}. MARIA DEL MAR RODRIGUEZ GONZALEZ, dirigida por la letrada D^{ña}. ANA MARÍA RODRIGUEZ SEOANE, contra la SENTENCIA de fecha 10-09-12, dictada en el procedimiento ABREVIADO N^o 452/11 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Núm. DOS de los de A CORUÑA , sobre extranjería. Es parte apelada la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN A CORUÑA, representada y dirigida por el SR. ABOGADO DEL ESTADO.

Es Ponente el ILMO. SR. D. JULIO CESAR DIAZ CASALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice que se desestima el recurso interpuesto por D^a. Zaira frente a la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en A Coruña de 25-11-11 por la que se desestima el recurso de reposición frente a anterior resolución por la que se acuerda desestimar la solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales instada por la demandante, con expresa condena en costas.

SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO .- Por la ciudadana brasileira D^a. Zaira se interpuso recurso de apelación contra la St. de 10 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de A Coruña en el procedimiento abreviado 4552/11, por la que se desestimó el recurso contra el Acuerdo de 25 de noviembre de 2011 de la Subdelegación del Gobierno por el que, a su vez, se desestimó el recurso de reposición contra la Resolución de 16 de septiembre de 2011, por la que se denegaba a la recurrente el permiso de residencia por arraigo.

La recurrente fundamenta el recurso en la ausencia de motivación de la sentencia dictada habida cuenta de que no discutiéndose la normativa que resulta de aplicación no entra a valorar la acreditación de los recursos económicos del empleador, cuando en el Art. 124 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011 no se impone esa exigencia para los permisos de residencia por circunstancias excepcionales, y no cabe extrapolarlo de otras previsiones de la Ley que no son atinentes al caso (Arts. 64.3, 46 d) o 54) dedicados a los permisos iniciales de residencia y de trabajo.

Critica la recurrente la afirmación de que la recurrente aporta un contrato de trabajo sin viabilidad jurídica, sin explicar las razones de dicha afirmación, por lo que concluye que carece de fundamentación y motivación, máxime cuando el empleador aportó sus ingresos durante 2010 en el que trabajó por cuenta ajena y su alta como autónomo en 2011 regentando su propio restaurante, declarando unos ingresos en el segundo semestre de 95.892,46 # que, por otra parte, acreditan la necesidad de la contratación.

Insiste en que la orden de expulsión por la Subdelegación del Gobierno en Córdoba insiste en que interesó su revocación en base a la existencia de un expediente de autorización por circunstancias excepcionales y en que la Subdelegación del Gobierno venía accediendo a la sustitución de las órdenes de expulsión por multa, sin que resulte de aplicación el Art. 69.1 del Real Decreto porque solo resulta aplicable a las autorizaciones de residencia y de trabajo por cuenta ajena y no a las interesadas por circunstancias excepcionales.

En atención a lo expuesto termina suplicando la revocación de la sentencia de instancia y se declare nula y no conforme a derecho la resolución recurrida, condenando a la administración al dictado de una resolución concediendo el permiso interesado.

TERCERO .- Por el Letrado del Estado se interesó la desestimación del recurso de apelación en base a que el juzgador de instancia parte de que la excepcionalidad de la autorización de residencia por arraigo determina que los requisitos se exijan, si cabe, con mayor rigor y en este caso el propio Art. 124 del Reglamento, cuando prevé la posibilidad de eximir al extranjero de contar con un contrato de trabajo cuando cuente con medios económicos suficientes incide en la exigibilidad de la acreditación de la suficiencia económica del empleador.

En segundo lugar afirma que el criterio sustentado por el Juzgado de lo Contencioso de Málaga ni tiene el valor de jurisprudencia ni vincula al Juez a quo. Por otra parte advierte que hay que ser cauto a la hora de considerar los distintos capítulos del Reglamento como compartimentos estancos cuando reclama una interpretación coherente y sistemática. Indicando que la falta de viabilidad del contrato no es una afirmación retórica o carente de fundamentación sino que está amparada en las retribuciones acreditadas por el empleador, que fueron de 15.000 # en 2010 y en los primeros trimestres de 2011 solo alcanzaron las cantidades de 2.689,81 # y de 3.240,82 #.

Por último en cuanto a la imposibilidad de tener en cuenta la precedente orden de expulsión señala que la Disposición Adicional 4^a.1 letra d) de la Ley está vigente y, por el principio de jerarquía normativa, se superpone al Art. 124 del Reglamento, cuya aplicación demanda la recurrente.

Por ello termina suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO .- Pese a la virulencia de los ataques que la recurrente dirige contra la sentencia la misma, aún cuando puede ser objeto de alguna matización, no puede reputarse falta de motivación o incongruente con los motivos esgrimidos por la demandante en su escrito rector. Podrá o no la demandante estar de acuerdo con los argumentos vertidos en la misma, pero lo que no cabe es desconocerlos para reputar la resolución de inmotivada.

En la instancia se planteó por la recurrente la inaplicabilidad del requisito de la acreditación de los recursos económicos del empleador para los casos en los que se interesa un permiso de residencia por

circunstancias excepcionales, por entender que el Art. 124 del RD 557/2011 no lo exige expresamente y no cabe extrapolarlo de lo previsto para el permiso de residencia y de trabajo ordinario regulado en los Arts. 62 y ss del Real Decreto, que se incluyen en el Título IV Capítulo III, en tanto que la residencia temporal por circunstancias extraordinarias aparece regulado en el Título V.

Ciertamente, como se dice en la St. recurrida, la posibilidad de otorgamiento de permisos de residencia por circunstancias excepcionales es un régimen especial que ha de ser de interpretación restrictiva pero que, en contra de lo que se mantiene en la sentencia, no impone la observancia de los mismos requisitos que el régimen ordinario, sino la concurrencia de los específicamente dispuestos para cada uno de los supuestos, como prueba la circunstancia de que ya el mismo Art. 31.3 de la Ley Orgánica comience por excluir la exigencia de visado.

Sentado lo anterior el problema planteado en el presente recurso es si en los supuestos de peticiones de residencia temporal por arraigo laboral o social es o no exigible que el empleador acredite la suficiencia económica para contratar al extranjero que, en estos casos, llevan en España un mínimo de 2 o 3 años.

Esta cuestión ha sido ejemplarmente resuelta por la St. del TSJ de Andalucía de 7 de enero de 2011 (Referencia el derecho 2011/116897) que, aunque referida al anterior reglamento, es plenamente aplicable al vigente y con arreglo al cual se ha de resolver la solicitud presentada por la apelante, en aquella sentencia se dijo "... compartimos con el Juzgador de instancia su afirmación de que la veracidad de la citada contratación puede valorarse tomando en consideración algunos de los criterios previstos en los artículos 50 y 53 del Reglamento de Extranjería sobre requisitos para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, y sobre denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, respectivamente, pues en definitiva es el desarrollo de una actividad laboral en nuestro país el objetivo último de la instancia presentada, como lo demuestra la aportación junto a la misma del contrato de trabajo, teniendo en cuenta además que a tenor de lo establecido en el artículo 45.7 del citado Reglamento la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales concedida por los supuestos de arraigo, con excepción de la que se conceda a los menores de edad, llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquélla...".

La vigencia de este criterio en relación con lo que dispone el Real Decreto 557/2011 resulta de los siguiente: 1º) como bien dice el Letrado del Estado en su oposición al recurso de apelación, en los supuestos de arraigo social el órgano que emita el informe podrá proponer que no se exija el contrato de trabajo, por lo que, a falta de tal propuesta el mismo ha de resultar exigible y como tal debe responder a una finalidad real y no meramente formal; 2º) de conformidad con lo dispuesto en el Art. 128.2 letra b) en caso de solicitarse la exención de la exigencia de contar con un contrato de trabajo habrá de acreditarse que el extranjero cuenta como medios económicos suficientes, como contrapartida a la excepción; 3º) pero además el otorgamiento del permiso reclamado conlleva que el extranjero haya de darse de alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes, con arreglo al apartado 6 del mismo artículo, por lo que es evidente que tal relación solo puede responder a un vínculo laboral real y efectivo; y por último 4º) todo permiso de residencia por arraigo conlleva, con arreglo al Art. 129 del mismo reglamento, una autorización para el desarrollo de una actividad laboral.

Respecto de esta última cuestión conviene advertir que requerida la recurrente en vía administrativa para la aportación de la documentación relativa a la solvencia del empleador por el mismo se aportó documentación acreditativa de que en su declaración de IRPF de 2010 sus retribuciones fueron de 14.996,07 # (folio 48) y que en los pagos a cuenta de los dos primeros trimestres de 2011 derivados de su condición de autónomo como titular de un restaurante asador-rodicio en Santa Cruz la diferencia de ingresos y gastos generados en la actividad es de 2.689,81 # y 3.240,82 # (folios 142 y 143), que determinaron a la administración a resolver la denegación del permiso de residencia por entender que el empleador no contaba con medios económicos, personales y materiales, para hacer frente a la contratación de la recurrente como empleada doméstica, por lo que ha de concluirse con la administración de que el contrato aportado no resultaba válido para otorgar el permiso de residencia interesado por la actora, lo que determina la desestimación del recurso y la conformación de la sentencia de instancia.

QUINTO .- Pese a que lo anteriormente resuelto es suficiente para determinar la desestimación del recurso, en la resolución recurrida se aprecia una segunda causa de denegación que resulta incorrecta y que conviene advertir.

Aplica la administración el Art. 69.1 letra f) del Real Decreto 557/2011 conforme al cual procederá la denegación de los permisos de residencia y trabajo cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud.

Pues bien la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 4/2000 establece en su apartado d) que la autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta Ley, entre otros casos, cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa salvo que, en este último caso, la orden de expulsión hubiera sido revocada o se hallase en uno de los supuestos regulados por los arts. 31.bis , 59 , 59.bis o 68.3 de esta Ley , pero resulta precisamente que este último supuesto regula el caso de los permisos de residencia por arraigo, ciertamente la técnica legislativa no resulta muy depurada porque se incluye en un precepto dedicado a la coordinación de las administraciones públicas que poco tiene que ver con la solicitud del extranjero, pero ateniéndonos a la remisión de la adicional la conclusión no puede ser otra, por lo que este motivo de denegación no ha sido correctamente apreciado.

SEXTO .- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrá al recurrente sí se desestima totalmente el recurso, por lo que en el presente caso procede imponérsela a la recurrente.

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

FALLAMOS:

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. MARÍA DEL MAR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, en nombre y representación de Zaira contra la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de A Coruña , con expresa imposición de costas a parte recurrente limitadas hasta la cantidad máxima de 800 por lo que se refiere a los honorarios de Letrado.

Notifíquese a las partes y entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0489-12-24), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. JULIO CESAR DIAZ CASALES, al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, veintitrés de enero de dos mil trece.