



Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Décima C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004
33010310
NIG: 28.079.45.3-2010/0030694



(01) 30284447276

Recurso de Apelación 938/2014

Recurrente: D.

LETRADO Dña. JUANA MA DEL CARMEN MALCA LEO, CALLE BRAVO MURILLO, 0082 TERCERO C C.P.:28003 Madrid (Madrid)

Recurrido: DELEGACION DEL GOBIERNO
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

ES COPIA

SENTENCIA N° 185/2015

Presidente:

Dña. ANA MARIA APARICIO MATEO

Magistrados:

D. RAFAEL SÁNCHEZ JIMÉNEZ

Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

Dña. Mª DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO

En la Villa de Madrid, a 11 de marzo 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 938/2014 de su registro, que ha sido interpuesto por don [redacted], representado y dirigido por la Letrado doña Juana María Malca Leo, contra la sentencia dictada en fecha de 23 de mayo de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 25 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 782/2010 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 25 de Madrid, don [redacted] interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada en fecha de 15 de junio de 2010 por la Delegación del Gobierno en Madrid, que le denegó autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo.

Con fecha de 23 de mayo de 2014, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia desestimatoria del recurso.

SEGUNDO.- Notificada la referida sentencia a las partes, don [redacted] 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 4 de marzo 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 María Rosas Carrión, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don [redacted], nacional de Bolivia, ha interpuesto el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha de 23 de mayo de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 25 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 782/2010 de su registro, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución dictada en fecha de 15 de junio 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 21 de mayo de 2010 al amparo del artículo 45.2.b) de Real Decreto 2393/2004.

La resolución administrativa rechazó la solicitud con base en los artículos 31.3 y 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y de los artículos 45 y 46 en relación con los artículos 50 y 53 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y de las Instrucciones de desarrollo dictadas por la Dirección General de Inmigración en fechas de 22 de junio y de 4 de agosto 2005, porque el interesado no había acreditado que la empresa "RALANT ESTAL COLLADO, S.L.", del sector de prestación de servicios a comunidades, con la que don [redacted] había suscrito un contrato de un año de duración para la prestación de sus servicios como conserje nocturno, contara con medios económicos, materiales y personales para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, ni que garantizara al trabajador la actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización de residencia, de un año.

Se razonaba al efecto que en el contrato de trabajo de duración determinada presentado por el interesado, no se señala si se ha celebrado por obra o servicio determinado, o si es eventual por circunstancias de la producción o de interinidad, no habiéndose aportado tampoco la documentación relativa a la acreditación del incremento de la actividad empresarial, por acumulación de tareas, por exceso de pedidos, ni los contratos de obra concertados con terceros, en ejecución o pendientes, que justifiquen el objeto de la contratación del trabajador durante un año.

Se añadía que se había comprobado que la citada sociedad no tenía en esos momentos trabajadores en plantilla y que en el año 2010 se habían formulado 13 solicitudes de autorizaciones de residencia por arraigo social, con contratos de un año efectuados entre los trabajadores solicitantes y dicha empresa para la prestación de servicios como conserjes, sin que los mismos tuvieran señalado debidamente y justificado documentalmente el objeto y necesidad de tales contrataciones, así que no se puede acceder a la contratación simultánea de 13 trabajadores por parte de una empresa, sin un proyecto con memoria descriptiva de la misma que explique y sustente dichas contrataciones con los documentos de prueba y medios económicos que acrediten su viabilidad.

La resolución de 15 de junio de 2011 concluía, por último, que toda vez que el arraigo social encuentra su fundamento y se configura en tres aspectos esenciales, como son la ausencia de informes desfavorables del Ministerio del Interior y del Ministerio de Justicia, la permanencia continuada en España y el contrato de trabajo (no inferior a un año) que debe corresponder a una empresa con solvencia suficiente, y dado que en el supuesto de autos la

oferta se había realizado por empresa/empleador que no había acreditado tanto la solvencia como la concurrencia de medios suficientes para afrontar las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo suscritos, había de concluirse que, faltando uno de los requisitos esenciales, resultaba procedente la desestimación de la solicitud formulada, sin entrar a valorar el cumplimiento de los demás requisitos legales para acceder a la autorización de residencia solicitada.

La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo al tener por justificada la razón expresada por la Administración para denegar la solicitud, relativa a la falta de acreditación de que el empleador contara con medios económicos materiales y personales para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, que consideró exigible para la concesión de la autorización de residencia por circunstancias especiales de arraigo social por entender que así se disponía en los artículos 45, 50 y 53.f) del Real Decreto 2393/2004.

Don [redacted] sostiene en esta alzada que la sentencia impugnada no se ajusta a derecho, argumentando que la normativa aplicada tanto en la resolución dictada en fecha de 15 de junio de 2011 por la Delegación del Gobierno en Madrid como en la sentencia de instancia ha sido la reguladora de las autorizaciones de residencia y trabajo formuladas por el empresario, pero no la propia de las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social que se formulan por el empleado, cuyos requisitos se establecen en el artículo 46 del Real Decreto 2393/2004, conforme al cual lo único exigible al trabajador es la presentación, junto a la solicitud, de un contrato de trabajo por un año, pero no la acreditación de los medios económicos, materiales y personales de la empresa que le contrata, como se ha declarado en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de diciembre de 2013 y de 24 de febrero de 2014, a lo que añade haber justificado la concurrencia de los demás requisitos legales que resultan reglamentariamente exigidos para que se le conceda la concreta autorización de residencia que solicitó.

La Administración del Estado ha impugnado el recurso de apelación 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 social, cuyas respectivas causas, requisitos de concesión y efectos son diferentes, estándose en el caso de que, mientras que corresponde al empresario solicitar la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, la petición de autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social 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 el artículo 50.3.b) y c) del Real Decreto citado, que no se refiere al caso de autos, sino a las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena formuladas por el empresario a favor del extranjero al que contrata, caso en el que 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 –requerimiento que, aun no siendo exigible en este caso, ni siquiera se ha efectuado-: ése no es el supuesto aquí enjuiciado.

Pero sí lo es el de autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social 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) ...

b) *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 se ha aportado a las actuaciones un contrato de trabajo –páginas 78 siguientes del expediente- para la prestación de servicios como conserje, de 40 horas semanales, de lunes a domingo en horario nocturno, retribución según convenio, con 30 días de vacaciones anuales, y de un año de duración a partir de la concesión de la autorización de residencia, a cuyo otorgamiento se encontraba condicionada la validez del contrato de trabajo, por lo que 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, en este caso de arraigo social, 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.

También compartimos los argumentos del apelante en lo que se refiere a la concurrencia de las demás circunstancias necesarias para la concesión de la autorización de residencia por razones excepcionales arraigo social, toda vez que la documentación aportada al expediente administrativo y a los autos (pasaporte del interesado, certificado de empadronamiento y permiso de residencia de doña [redacted]) justifican un tiempo de permanencia continuada en nuestro país, desde el 2 de marzo de 2007, y la convivencia con su madre, que es titular de una autorización de residencia en España. También se ha acreditado, mediante los correspondientes certificados, que don [redacted] carece de antecedentes penales en Bolivia y en España, además de haberse



aportado informe municipal de inserción social favorable, junto a documentación justificativa de cierta capacidad económica.

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

Cabe contra la sentencia dictada en fecha de 23 de mayo de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 25 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Abreviado tramitados con el número 782/2010 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 junio de 2011 por la Delegación del Gobierno en Madrid, 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 21 de mayo 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 Secretario, certifico.

