

Ha comparecido como parte recurrida y en la representación que legalmente ostenta, el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Antecedentes administrativos:

La resolución administrativa (confirmada por las dos precitadas sentencias), tras reconocer que lo solicitado es una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social, prevista en el art. 124.2 (Título V del Reglamento, Residencia Temporal por Circunstancias Excepcionales), y que la solicitante (ciudadana ~~venezolana~~) acreditó los requisitos exigidos en el precepto (residencia en España durante, al menos, 3 años; inexistencia de antecedentes penales; contrato de trabajo firmado por el empleador y por la trabajadora con una duración mínima de 1 año), denegó la autorización en aplicación del art. 64.3.d) (Título IV, Residencia Temporal) dado que, requerido el empleador -~~"Santitas S.L."~~ a la presentación de certificaciones relativas a la situación de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, resultó tener una deuda pendiente con la Seguridad Social de ~~10.000~~ €.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida:

La sentencia de la Sala de Albacete (con un voto particular) -que confirmó la del Juzgado-, con cita en sentencias de otras Salas Territoriales, declara:

«aunque es cierto que el artículo 129.1 del Reglamento prevé que la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales lleve aparejada una autorización de trabajo durante la vigencia de aquélla, el número segundo del citado precepto,

infringidas: arts. 64, 124.2 y 129.1 del Real Decreto 557/11, haciendo el preceptivo juicio de relevancia, e, identificando el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en el art. 88.2.a) LJCA, citando, como sentencias contradictorias, además de las aludidas en el Voto Particular, la sentencia de la Sala de Granada de 7 de octubre de 2013 (Rº 486/13 y del TSJ de Madrid de 11 de marzo de 2015 (Apelación 838/14).

La Sección Primera de la Sala de Albacete, tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de las actuaciones.

CUARTO.- Admisión del recurso:

Recibidas las actuaciones y personadas las dos partes, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó auto el 29 de abril del corriente, acordando:

«1º) Admitir el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Sra. ~~Marta Patricia Blanes Quintana~~ contra la sentencia -nº 197/18, de 18 de junio- desestimatoria del recurso de apelación -77/17- deducido frente a la sentencia -nº 170/2016, de 24 de noviembre-, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete, que desestimó el P.A. 251/16, formulado contra la resolución -12 de julio de 2016-, del Subdelegado del Gobierno en Albacete, por la que se deniega la solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales, al constar que el empleador... tiene una deuda frente a la Seguridad Social, por aplicación del artículo 69.1 en relación con el artículo 64.3 d) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si para la concesión de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales es exigible el cumplimiento de las garantías del artículo 64.3 del Reglamento de la LOEX, y en concreto de la prevista en su apartado d).

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: arts. 64 y 124.2 y 129.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero».

QUINTO.- Interposición del recurso:

Abierto el trámite, la actora y apelante, presentó escrito de interposición, en el que se dice que «Conforme al artículo 124.2 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es suficiente para la solicitud de permiso temporal de residencia por razones de arraigo la aportación por el interesado de 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, sin mayores requisitos..... no es exigible el cumplimiento de las garantías del artículo 64.3 del Reglamento de la LOEX, y en concreto la prevista en su apartado d), establecido para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

La resolución recurrida realiza una errónea interpretación de los artículos citados, en cuanto a la exigencia de que, en los permisos temporales de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social, corra a cargo del trabajador extranjero solicitante, la demostración del cumplimiento de los requisitos impuestos para los permisos de residencia y trabajo por cuenta ajena temporales pedidos por el empresario, en lo que se refiere a las condiciones previstas en el apartado d) del artículo 64.3 del citado Reglamento, dirigidas a demostrar que el empresario se encuentra al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, teniendo únicamente sentido tal carga probatoria para los permisos temporales de residencia y trabajo por cuenta ajena pedidos por el empresario, pero no para el permiso de residencia temporal por circunstancias de arraigo social solicitado por el extranjero al amparo de los artículos 124.2 y 129.1 del Real Decreto 557/2011.....

Como se razona en la Sentencia nº 1603/2018 de esta Sala del Tribunal Supremo, de fecha 8 de noviembre de 2018, no puede extrapolarse a la petición del permiso temporal a que se refiere el artículo 124.2.b), los requisitos que se impone en el artículo 66 del Reglamento de la LOEX puesto que éste está referido a la residencia temporal para ejercer una actividad laboral, de tal forma que es esa relación la que condiciona a aquella, a diferencia del supuesto de autos en que es la situación excepcional de arraigo la que motiva la residencia y, como un presupuesto de ella, es esa relación laboral; criterio fundamental porque en la medida que esa relación es la causante de la estancia en nuestro País, es el mismo empresario el que ha de quedar sujeto al procedimiento y, conforme le impone el párrafo tercero del artículo 64, la necesidad de aportar un contrato de trabajo con garantías de una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y por cuenta ajena. Por ello el artículo 66 impone la carga al empresario, también solicitante de la residencia del extranjero, de acreditar que se encuentra al corriente de pago de las obligaciones tributarias y de seguridad social derivadas de los contratos laborales de su empresa.....

Por el contrario, en el supuesto de la residencia por motivos excepcionales por arraigo, el empresario no tiene intervención en el procedimiento y, por consiguiente, el Legislador le ha eximido de esa aportación al único interesado en el procedimiento, el extranjero, de tal forma

que éste deberá acreditar la existencia de un contrato de trabajo en las condiciones que se imponen en el mencionado artículo 124.2º.b).

Por su parte, el artículo 129.1 establece que el permiso de trabajo es inherente a la residencia concedida en los tres tipos de arraigo social que contempla, sin hacer exigible la demostración de solvencia del empresario.....son dos situaciones distintas y diferenciadas las que ha previsto el legislador, una tendente a regular la situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial, en el cual corresponde al empresario solicitar la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena del trabajador extranjero que contrata, exigiéndole al empresario acreditar haber formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de la Seguridad Social y que se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la seguridad social, y, otra tendente a regular la situación de residencia temporal en supuestos excepcionales de arraigo, con diferentes causas, requisitos de concesión y efectos diferentes, siendo esta la razón de la autorización de residencia y trabajo, correspondiendo personalmente al ciudadano extranjero realizar la petición de autorización de residencia por circunstancias excepcionales....En consecuencia la sentencia recurrida infringe los artículos 64, 124.2 y 129.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de Abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ya que no exigen que el empleador se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social en los casos de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo inicial», y, con cita y transcripción parcial del Voto Particular, insta la estimación del recurso y la anulación de la resolución administrativa.

SEXO.- Oposición

El Sr. Abogado del Estado se opuso al recurso en escrito en el sintéticamente, entendía que la cuestión a determinar no era tanto si el extranjero tenía la carga probatoria en orden a la situación de solvencia del empleador y cuya respuesta ha de ser negativa, pues son datos privados que no puede obtener el solicitante, ello sin perjuicio de que la Administración pueda –o deba- abrir un período probatorio y probado que el empleador no se encontraba al corriente de sus obligaciones con la SS, se deniegue la autorización. Es más, el requisito de que el empresario se encuentre al corriente de sus obligaciones tributarias y de SS ha de considerarse un requisito de orden público en el ordenamiento jurídico administrativo español con incidencia en todos los contratos firmados por aquél (contratos del sector público, contratos con relevancia en la legislación de extranjería, etc.).

SÉPTIMO: Señalamiento

Conclusas las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiera solicitado el trámite de vista, ni la Sala lo considerase necesario, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso, la audiencia del día 26 de noviembre, teniendo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso:

El objeto del presente recurso, conforme a lo establecido en el auto de admisión, consiste en determinar –con interpretación de los arts. 64, 124.2 y 129.1 del Real Decreto 557/11- si para la concesión de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, es exigible el cumplimiento de las garantías del artículo 64.3 del Reglamento de la LOEX, y en concreto de la prevista en su apartado d).

Esta Sala ha dictado dos sentencias que abordan el problema (Sentencias 1603/18, de 23 de octubre y 47/19, de 22 de enero) y en las que la cuestión planteada consistía –interpretando los arts.124.2 (primer párrafo) y 124.2.b) del R.D. 557/11- «en determinar si para la concesión de autorizaciones de residencia temporal por razones excepcionales de arraigo es necesaria la acreditación de la solvencia económica del empleador en los términos previstos en el art. 64.3.e) del Reglamento, o, por el contrario, bastará con presentar un contrato de trabajo (por período de un año) firmado por el trabajador y empresario en el momento de la solicitud (art. 124.2.b)», y, en ellas, se decía que «... no puede extrapolarse a la petición del permiso temporal a que se refiere el mencionado artículo 124.2º.b), los requisitos que se impone en el artículo 66.1º del mismo Reglamento de 2011. Éste está referido a la residencia temporal para ejercer una actividad laboral, de tal forma que es esa relación la que condiciona a aquella, a diferencia del supuesto de autos en que es la situación excepcional de arraigo la que motiva la residencia y,

como un presupuesto de ella, es esa relación laboral; criterio no baladí porque en la medida que esa relación es la causante de la estancia en nuestro País, es el mismo empresario el que ha de quedar sujeto al procedimiento y, conforme le impone el párrafo tercero del artículo 64, la necesidad de aportar un contrato de trabajo con garantías de "una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y por cuenta ajena". De ahí que el artículo 66.1º le imponga la carga al empresario, también solicitante de la residencia del extranjero, "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." En estos supuestos es el empresario también interesado en la residencia y es él el que puede aportar esas pruebas sobre la viabilidad de la empresa tras la contratación.

Por el contrario, en el supuesto de la residencia por motivos excepcionales por arraigo, el empresario no tiene intervención en el procedimiento y, por tanto, el Legislador le ha eximido de esa aportación al único interesado en el procedimiento, el extranjero, de tal forma que este deberá acreditar la existencia de un contrato de trabajo en las condiciones que se imponen en el mencionado artículo 124.2º.b)

Es indudable que una cosa es la mera exigencia formal que se impone en el artículo 124.1º.b) del Reglamento, que se cumple con la mera aportación del contrato de trabajo con la solicitud del interesado, y otra muy diferente es que la Administración no pueda, e incluso esté obligada en aras al interés general que subyace en sus potestades, examinar la eficacia probatoria de la documentación aportada por el interesado, toda ella y, por tanto, también el mencionado contrato laboral. Es decir, nada tiene que ver con la carga que se impone al interesado de aportar el mencionado contrato con la potestad de la Administración, una vez iniciado el procedimiento, para examinar dicha documentación y constatar esa viabilidad laboral.

En efecto, ya con carácter general, esa potestad de la Administración le viene reconocida, con toda lógica, en el artículo 77. 2º de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando autoriza, en realidad impone, que cuando la Administración "no tenga por ciertos los hechos alegados o la naturaleza del procedimiento lo exija", poder abrir un trámite de prueba.....Pero es que, además, es evidente que la Administración debe constatar los hechos en que se funda la petición, más aún en una actividad, la laboral, de tan relevante repercusión e intervención de la Administración; y no otra cosa le viene impuesto a la Administración en el control de esa relación laboral que no puede negársele en el momento inicial de la misma, es decir, con la presentación de dicho contrato por el interesado.

Y es que no puede desconocerse que la relación laboral que se exige para la concesión de la autorización de residencia que nos ocupa, no viene establecida como un mero requisito formal que se agote en sí mismo. Sería contrario a la lógica pretender que basta con la mera aportación formal de un contrato de esa naturaleza para estimar que es la aportación

del documento el que vincula a la Administración, cuando es lo cierto que lo que el precepto exige es la realidad del contrato, la relación jurídica que el documento formaliza, contrato que debe tener las circunstancias que se impone en la norma, en concreto, una determinada duración....., deberá constatarse, cuando a la Administración le genere dudas al respecto, que en las condiciones existentes al momento de adoptar la decisión sobre la concesión de la autorización solicitada, el contrato aportado tiene perspectivas de poder ser real y efectivo en el tiempo que se impone.

De lo expuesto ha de concluirse que no se estima acertada la interpretación que se postula en el escrito de interposición del presente recurso de casación, de estimar que es suficiente con la mera aportación del documento para estimar acreditadas las condiciones que se imponen para la concesión del permiso por residencia por circunstancias excepcionales por arraigo, en contraposición con lo exigido en el artículo 66 del Reglamento para el permiso de trabajo», y, **contestando a la cuestión de interés casacional planteada, se decía que deben** «interpretarse los artículos 64.3º.e) y 124.2º.b) del Reglamento de la Ley de Extranjería en el sentido de que, conforme al segundo de los mencionados preceptos y con exclusión de aquel primero, es suficiente para la solicitud de permiso temporal de residencia por razones de arraigo la aportación por el interesado de “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”, sin mayores requisitos; pero que ello no impide que la Administración, en la tramitación del procedimiento, pueda examinar la falta de viabilidad de la actividad empresarial en que se inserta el mencionado contrato».

SEGUNDO.- Partiendo de este criterio jurisprudencial y, en lo que a este recurso atañe, habrá que responder si esa potestad de la Administración se extiende hasta el punto de poder denegar esta autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo cuando el empleador, como aquí acaece, tiene deudas con la Seguridad Social.

Y la respuesta es negativa, cuando la denegación, se basa única y exclusivamente en el incumplimiento del requisito previsto en el art. 64.3 en relación con el art. 69.1 del Reglamento, preceptos no aplicables a las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo.

Sí, en las antedatadas sentencias, se han confirmado denegaciones de este tipo de solicitudes, lo ha sido porque, en uso de las facultades de comprobación que ostenta la Administración acerca de la realidad del contrato,

entendió que no existía soporte material que garantizara su viabilidad. Decisión que, siempre y en todo caso, ha de ser motivada, exponiendo las razones por las que se llega a tal conclusión.

Circunstancia que aquí no concurre, pues desconocemos todas las vicisitudes de esa deuda, si ha habido intentos de regularización, el tiempo y las causas que han motivado el descubierto, y, lo que es más importante, las razones de las que cabe inferir la irregularidad o inviabilidad del contrato presentado, sin que “socapa” de comprobar la fuerza probatoria de dicho contrato, se deniegue tal residencia por no concurrir los requisitos que para las autorizaciones temporales de residencia y trabajo por cuenta ajena exige el art. 64.3. al empleador.

TERCERO.- Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

Para la concesión de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo no son exigibles las garantías del art. 64.3.d) del Reglamento de la LOEX, prevista únicamente para las autorizaciones temporales de residencia y trabajo por cuenta ajena, y para el resto de las autorizaciones de residencia reguladas en el Título V del Reglamento (en virtud de la remisión expresa que el art. 129.2 hace a los requisitos establecidos en los apartados b), c), d), e) ,y, f) del tan citado art. 64.3), y todo ello sin perjuicio de que la Administración, en uso de su potestad de control y siempre que no tenga por cierto el contrato presentado, pueda probar la inexistencia material del contrato o su evidente falta de viabilidad, en cuyo caso podrá denegar la autorización mediante resolución motivada justificativa de esa decisión.

CUARTO.- Resolución de las cuestiones que el recurso de casación suscita y pronunciamiento sobre costas:

1.- En el presente caso, la causa de la denegación de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo ha sido, con

base en el art. 64.3.d) del Reglamento, el descubierto (15.604 €) que el empleador tiene con la Seguridad Social -sin más datos relativos a la deuda y su incidencia en la viabilidad del contrato-, cuando dicho precepto no resulta de aplicación a este tipo de autorizaciones, encaminadas, básicamente, a regularizar la residencia en España de quien -llevando un mínimo de 3 años en situación irregular- ha acreditado su arraigo social, y cuenta con un contrato "real" de trabajo que garantice su subsistencia autónoma, introduciéndole, así, en el mercado laboral. Procede, por tanto, la estimación de este recurso de casación.

2.- Conforme a lo dispuesto en el art. 93.4 y 139 LJCA, no se efectúa pronunciamiento respecto de las costas causadas en casación, ni en la segunda instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Declarar que la concesión de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo no son exigibles las garantías del art. 64.3.d) del Reglamento de la LOEX, en los términos establecidos en el F.D. Tercero.

SEGUNDO.- En consecuencia, **estimar el recurso de casación** número 6233/2018, interpuesto, por Dña. ~~Natalia Bellino Pizarro~~, contra la sentencia -nº 1973/18, de 18 de junio- de la Sección Primera de Sala de lo Contencioso-Administrativo de Albacete, **que se casa y revoca, y, con estimación del recurso de apelación 77/17, se estima el P.A. 251/16 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de dicha capital, deducido frente a la resolución del Subdelegado del Gobierno de 12 de julio de 2016 - que se anula-** denegatoria, en aplicación del art. 124.2 en relación con el

64.3.d) del Reglamento de Extranjería (R.D.557/11) de su solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo social. Sin pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente Dña. **Inés Huerta Garicano**, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



