



Roj: **STS 239/2019 - ECLI:ES:TS:2019:239**

Id Cendoj: **28079130052019100031**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **22/01/2019**

Nº de Recurso: **130/2018**

Nº de Resolución: **47/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JUAN CARLOS TRILLO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 10125/2017,**
AATSJ AND 149/2017,
ATS 1625/2018,
STS 239/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 47/2019

Fecha de sentencia: 22/01/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 130/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: EAL

Nota:

R. CASACION núm.: 130/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 47/2019

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente



D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Cesar Tolosa Tribiño
D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 22 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número 130/2018, que ha sido interpuesto por el Abogado del Estado, en el nombre y representación que ostenta, contra la sentencia de fecha 6 de octubre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso de apelación número 788/2016, interpuesto contra la sentencia de 13 de abril de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Granada, resolutoria del procedimiento abreviado interpuesto frente a la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Granada que desestima recurso de reposición contra resolución que deniega al recurrente la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, habiendo comparecido como parte recurrida don Baldomero, representado por la procuradora doña Gloria Llorente de la Torre y defendido por la letrada doña Gloria Gámez Vargas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se dictó sentencia de fecha 6 de octubre de 2016, en el recurso de apelación número 788/2016, interpuesto contra la sentencia de 13 de abril de 2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Granada, resolutoria del procedimiento abreviado formulado frente a la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Granada, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra resolución previa de la citada administración que deniega al recurrente la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, siendo su parte dispositiva como sigue:

<<Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a M^a José García Carrasco, en representación de Don Baldomero, contra la sentencia de fecha 13 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Granada en el Procedimiento Abreviado núm. 975/2015. Y, en consecuencia, se revoca dicha resolución judicial y se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Baldomero contra la Resolución de 25 de noviembre de 2015, de la Subdelegación del Gobierno en Granada, que se anula, declarando el derecho del recurrente a obtener la autorización solicitada>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, el Abogado del Estado presentó escrito de preparación de recurso de casación en los términos previstos en el artículo 89 de la ley reguladora de esta jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015

TERCERO.- Mediante auto de 20 de diciembre de 2017 la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo. Así mismo, la referida Sala emitió opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso en sentido favorable a la admisión del mismo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo se dictó Auto el 23 de febrero de 2018, acordando:

<< 1º) Admitir el recurso de casación preparado por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia -nº 1955/17, de 6 de octubre- desestimatoria del recurso de apelación - 788/16 - deducido frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Granada, de 13 de abril de 2016, que estimó el P.A. 975/15, formulado contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Granada de 25 de noviembre de 2015, confirmatorio en reposición de la que denegó la solicitud de residencia temporal por razones excepcionales de arraigo social.

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 razones excepcionales de arraigo social 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).

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: arts. 66 y 124.2 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.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos>>.

QUINTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por el Abogado del Estado con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, para finalizar instando en el suplico que <<[...] en su día, dicte sentencia estimatoria del mismo y anulatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de este escrito>>.

SEXTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se presentó escrito por la representación procesal de don Baldomero quien, con exteriorización de los argumentos que tuvo por convenientes, solicitó que <<[...] el Tribunal dicte sentencia confirmatoria de la recurrida>>.

SÉPTIMO.- Por providencia de 18 de octubre del presente, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 16 de enero del presente, fecha en la tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección Cuarta), con sede en Granada, el 6 de octubre de 2017, en el recurso de apelación número 788/2016, interpuesto por el ahora aquí recurrido, don Baldomero, contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Granada, desestimatoria del recurso contencioso administrativo formulado contra resolución de la Subdelegación del Gobierno en Granada, de 25 de noviembre de 2015, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra otra, denegatoria de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo.

La sentencia recurrida, con estimación del recurso de apelación y revocación de la sentencia del Juzgado, anula la resolución de 25 de noviembre de 2005 y declara el derecho del recurrente a obtener la autorización solicitada.

SEGUNDO.- Recurrida la sentencia por la Administración del Estado, tras el correspondiente escrito de interposición, mediante auto de la Sección Primera de esta Sala, de 23 de febrero de 2018, se tuvo por preparado el recurso de casación, precisándose 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 razones excepcionales de arraigo social 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)>> e identificándose <<[...] como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: arts. 66 y 124.2 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>>.

TERCERO.- Delimitado en los términos precedentemente expuesto nuestro ámbito de enjuiciamiento, es de indicar que sobre la cuestión planteada ya se ha pronunciado esta Sala en su reciente sentencia de 8 de noviembre de 2018, dictada en el recurso de casación número 1942/2017, desestimatoria del recurso de casación formulado por don Doroteo contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León que desestimó el recurso de apelación deducido contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Burgos, a su vez desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de la Subdelegación del Gobierno de Segovia, denegatoria de solicitud de residencia temporal por razones excepcionales de arraigo.

Pues bien, razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina exigen que la cuestión que en el auto de admisión se establece con interés casacional sea tratada y resuelta en iguales términos a los que lo fue en la precedente



sentencia, y para ello nada mejor que remitirnos a los fundamentos de derechos segundo y tercero de la reseñada sentencia de 8 de noviembre de 2018, en los que expresamos lo siguiente:

<<Interpretación de los preceptos sobre los que se requiere la fijación de la jurisprudencia.-

A la vista de lo expuesto, el debate se centra en determinar si para el supuesto de solicitud, y concesión, del permiso de residencia por motivos excepcionales de arraigo, se requiere acreditar la solvencia del proyecto empresarial en el seno del cual se integra la preceptiva aportación que impone el artículo 124. 2 b), es decir, un contrato de trabajo firmado por empleador y trabajador por un periodo de, al menos, un año.

Suscitado el debate en la forma expuesta es necesario hacer una previa delimitación, porque ese debate no es tanto la acreditación de dicha exigencia de la viabilidad del proyecto empresarial en que se integra el contrato de trabajo, sino determinar si la Administración, al examinar la solicitud del interesado, puede examinar y exigir dicha acreditación, porque ese es el debate que subyace en el presente proceso, en el que no se trata de que el solicitante y hoy recurrente no aportara con su instancia prueba sobre dicha viabilidad, sino que la Administración, al examinar el expediente, constata esa deficiencia conforme al contrato aportado que, por otra parte, el recurrente no cuestiona.

Ese debe ser el objeto del debate porque, adelantémoslo ya, no es admisible, como por el recurrente se pretende, imponer a quien solicita el permiso de residencia temporal a que venimos haciendo referencia, aportar con su solicitud, no ya un contrato de trabajo en las condiciones que impone el mencionado artículo 124.2.b) del Reglamento, sino una prueba plena sobre la viabilidad del proyecto empresarial en el seno del cual se integra dicha relación laboral. Claramente se descubre esa conclusión de la misma dicción del precepto, e incluso de su propia interpretación lógica, porque no puede exigirse al interesado aportar con su petición una prueba sobre unas circunstancias que, no solo le es difícil de obtener porque es fácil concluir la dificultad de acceder a los medios probatorios para acreditarlo, sino que incluso difícilmente le pudiera ser facilitada a quien ya debe recabar una contratación laboral no siempre de fácil consecución.

Le asiste la razón al recurrente cuando pone de manifiesto, siguiendo los argumentos de algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia sobre esta cuestión, 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).

Ahora bien, como ya se adelantó, no es esa polémica la que directamente se suscita en este proceso y lo antes concluido merece una puntualización.

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 mero 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 dando oportunidad al interesado para que aporte elementos probatorios sobre los hechos cuestionados. 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, que ciertamente no ha de ser imperativamente cumplida, porque ello llevaría a revocar la autorización si se deja sin efecto antes del año exigido por el precepto, pero al menos 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, como se ha sostenido por algunas Salas de esta Jurisdicción de algunos Tribunales de Justicia (sin carácter exhaustivo, sentencias 563/2018 del de Murcia ; 568/2018, del de Madrid ; 202/2018, del de La Rioja ; 262/2018, del de Galicia; ECLI:ES:TSJMU:2018:1516 ; ECLI:ES:TSJM:2018:8803; ECLI:ES:TSJLR:2018:311; ECLI:ES:TSJGAL:2018:3190), debiendo mantenerse el criterio sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, con sede en Burgos, a que se refiere la sentencia de instancia (también mantenida, sin carácter exhaustivo en las sentencias 138/2018, de la Sala del País Vasco ; 580/2018, de la Sala de la Comunidad Valenciana ; 197/2018 de la Sala Castilla-La Mancha, ECLI:ES:TSJPV:2018:2201 ; ECLI:ES:TSJCV:2018:2649; ECLI:ES:TSJCLM:2018:1912)>>.

<<Interpretación que se propone de los preceptos a que se refiere el recurso.-

La conclusión de lo que se ha expuesto en el anterior fundamento (sic) han de 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, abriendo un periodo probatorio en que se puedan aportar pruebas para poder acreditarla, debiendo ser valoradas con libertad de criterio, pudiendo ser sometida al control jurisdiccional esa actividad probatoria>>.

CUARTO.- Consecuentes con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, resulta procedente la estimación del recurso de casación y con revocación de la sentencia impugnada, en armonía con la resolución administrativa recurrida, desestimar la pretensión del recurrente de que le fuera concedido el permiso de residencia temporal por razones de arraigo.

QUINTO.- Al haberse estimado el recurso de casación interpuesto, no cabe hacer pronunciamiento de imposición de las costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento de derecho tercero, haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 6 de octubre de 2017 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, y, con revocación de dicha sentencia, desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el aquí recurrido contra resolución de la Subdelegación del Gobierno de Granada, de 25 de noviembre de 2015, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra otra, denegatoria de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo; sin hacer un especial pronunciamiento de condena en costas.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy

Cesar Tolosa Tribiño Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Juan Carlos Trillo Alonso**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ