



Tribunal Supremo. 30/04/2008. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, ya que la Sala de instancia hizo una selección parcial y limitada del material probatorio, al tener en cuenta el expediente administrativo pero no los documentos aportados por el recurrente junto con su escrito de demanda; documentos entre los que figuraba un certificado de empadronamiento que acreditaba su estancia antes del 23 de enero de 2001, único motivo que determinó la denegación por la administración de lo solicitado.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil ocho.

Visto por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 5490/2004, interpuesto por D. Eusebio , representado por la Procuradora Doña Matilde Marín Pérez, siendo parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Sentencia de 12 de diciembre de 2003, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, dictada en el recurso contencioso administrativo número 608/03, sobre denegación de permiso de residencia por arraigo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, se ha seguido el recurso 608/03 promovido por D. Eusebio , y en el que ha sido parte demandada la Administración General del Estado, sobre denegación de permiso de residencia temporal por arraigo.

Segundo.- Dicho Tribunal dictó sentencia en fecha 12 de diciembre de 2003 , desestimando el recurso. Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de D. Eusebio se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 29 de abril de 2004 al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 15 de junio de 2004 el escrito de interposición del recurso de casación.

Cuarto.- El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 23 de mayo de 2006, y providencia de 7 de septiembre de 2006 se ordenó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (Administración General del Estado) a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha de 2 de noviembre de 2006, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso.

Quinto.- Se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 29 de abril de 2008, en que tuvo lugar.

Sexto.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, Magistrado de la Sala

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se impugna en este recurso de casación número 5490/2004 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, dictó en fecha de 12 de diciembre de 2003, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo nº 608/03, promovido por D. Eusebio , contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 19 de noviembre de 2001 (confirmada en reposición por resolución de 28 de octubre de 2002) por la que se deniega su solicitud de residencia temporal por arraigo.

Segundo.- Contiene la sentencia de instancia la siguiente fundamentación jurídica: PRIMERO.- Es objeto de impugnación la Resolución denegatoria de permiso de residencia temporal con autorización para trabajar al amparo del artículo 31. 4 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero modificado por Ley 8/2000 de 22 de diciembre La resolución recurrida deniega el permiso por no encontrarse el interesado en España antes del 23 de enero de dos mil uno.

Dicho artículo, en su redacción introducida por el apdo 24 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2.000 , de modificación de la Ley Orgánica 4/2.000, inició su vigencia el 23 de enero de 2.001 , mientras que la resolución recurrida denegó la solicitud, formulada al amparo del mismo, precisamente por no constar debidamente acreditado que el solicitante de la autorización residiese en España con anterioridad a dicha fecha.- Por tanto, la Administración, en una resolución estereotipada, se limitó a denegar la autorización por entender que el recurrente no había justificado que se encontrase en España con anterioridad al 23 de enero de 2.001, esto es, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la norma, pero sin que considerase necesario introducir otras consideraciones en la fundamentación jurídica de cara al rechazo de la solicitud.- SEGUNDO.- El artículo 31.4 de la LO 4/2002 establece: " Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente".

La interpretación que del precepto se hizo en la resolución recurrida se apartó de su tenor y espíritu, pues lo que se exige es la situación de arraigo y no que en una fecha concreta y determinaba -sic- el recurrente se encuentre físicamente en nuestro país, siendo posible que si se da el arraigo, los motivos humanitarios o las circunstancias excepcionales, pueda otorgarse el permiso con independencia de que, por unas u otras razones, quien lo solicita no se encontrase físicamente en España el día 23 de enero de 2.001, sin que exista cauce alguno para la interpretación propugnada por la Administración.- El recurrente afirma que se encuentra en España desde hacía cuatro años, lo que podía acreditar con los siguientes documentos: 1) Certificado del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria 2) Contrato de trabajo del año 1999 que dio lugar a su afiliación a la Seguridad Social Española visado por el Consulado de Marruecos y por el Instituto Social de la Marina y cartilla de la Seguridad Social. 3) arraigo familiar al existir vínculos familiares con un hermano.- extranjero residente- "TERCERO.- Esta Sala ha de revisar el expediente administrativo. Conforme a los documentos aportados en el mismo la resolución administrativa es ajustada a derecho.

Los documentos aportados en el expediente administrativo, no podían justificar la concesión de un permiso de residencia temporal con autorización a trabajar.

Respecto al certificado hemos de señalar que lo que se certifica es que don Joaquín -el hermano del recurrente- reside en Las Palmas desde el 1 de mayo de 1996, teniendo su domicilio en Temisas 5,2 1 desde el 26 de agosto de 1998; y que en la actualidad figura en unión de Eusebio entre otros.

Es decir, que al momento de la expedición del certificado, esto es, el 20 de julio de 2001 figura conviviendo ambos hermanos.

En cuanto a la vida laboral, lo que se ha acreditado es un período de alta en el régimen especial

del mar, entre el mes de octubre y noviembre de 1999 por un período de 32 días. El contrato aportado, denominado "contrato de trabajo indefinido" es para prestar servicios como marinero - pescador en un buque - cláusula primera - como ciudadano marroquí y al amparo del acuerdo de pesca entre la U.E. y el reino de Marruecos, -cláusula novena -.

Afirma en escrito de conclusiones la letrada los últimos meses del año 1999 los pasó embarcado en el Buque Bahía del Con y al desembarcar en diciembre de 1999 se quedó en las Palmas donde permaneció.

Sin embargo, el primer certificado de empadronamiento aportado es de 20 de julio de dos mil uno.

Esta Sala viene reiteradamente declarando, por todas la sentencia número 540/2003, dictada en el RCA 1769/2000 que "aún de dar por acreditada una estancia ininterrumpida en España con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la norma, tampoco ello supondría, sin más, la concurrencia de los requisitos a que se refiere el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 8/00 para el otorgamiento del permiso, pues el precepto exige no solo la presencia física en territorio español, sino que concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o se acredite una situación de arraigo".

CUARTO.- Entendemos que el documento aportado no es bastante para acreditar la existencia de arraigo en el territorio español del recurrente.

"La jurisprudencia de esta Sala viene considerando que han de tenerse como circunstancia "excepcional" el arraigo en territorio español, demostrado, entre otras situaciones, por el hecho de seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia (sentencias de 13 de mayo de 1993, 10 de julio de 1993, 8 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 21 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1994, 8 de abril de 1995, 19 de diciembre de 1995 y 20 de enero de 1996 , entre otras)".

En todo caso, las razones excepcionales no tienen un significado meramente temporal, opuesto y contrario a frecuente, corriente u ordinario, sino que poseen un valor cualitativo, equivalente a importante, trascendente o de peso, cualquiera que sea la frecuencia o reiteración con que se produzcan (Sentencias de 24 de abril, 10 de julio y 8 de noviembre de 1993, 21 de mayo y 20 de diciembre de 1994 y 19 de diciembre de 1995).

Por tanto en el presente caso consideramos que no se ha acreditado un arraigo tal que permita la concesión del referido permiso".

Tercero.- El único motivo de casación denuncia la infracción del artículo 31.4 de la L.O. 4/2000 (reformada por L. O. 8/2000), en relación con las Instrucciones impartidas por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración en fecha 8 de junio de 2001, que el recurrente considera aplicables a su caso por el hecho de que su solicitud de permiso de residencia temporal se formuló en julio de 2001, antes de la entrada en vigor del reglamento aprobado por RD 864/2001 .

Alega el actor que la resolución administrativa impugnada en la instancia denegó el permiso de residencia temporal solicitado al entender no acreditada su estancia en España antes del 23 de enero de 2001, por lo que la controversia debe centrarse - añade- en este punto. Sobre esta base, afirma que ha quedado demostrada su estancia en España antes de esa fecha, según indica el último certificado expedido por el Ayuntamiento donde reside, aportado junto con la demanda. Alega, en fin, que en un caso sustancialmente igual la misma Sala de instancia dictó sentencia estimatoria del recurso.

Cuarto.- Con carácter previo al examen de las alegaciones vertidas en el motivo casacional,

hemos de hacer una precisión sobre el objeto de la impugnación.

Según consta con claridad en el expediente administrativo, al folio 1, el ahora recurrente en casación, D. Eusebio, solicitó con fecha 20 de julio de 2001, al amparo del artículo 31.4 de la L.O. 4/2000 (reformada por L. O. 8/2000) un permiso de residencia temporal "SIN autorización para trabajar", invocando como título legitimador para la obtención de dicho permiso la existencia de arraigo en territorio nacional por tener vínculos familiares con extranjeros residentes. La Administración le requirió para aportar documentación -arts. 71.1 y 76 de la Ley 30/1992 - que acreditase encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001 (folio 3), y no considerando suficiente a tal efecto la aportada por el interesado, dictó con fecha 19 de noviembre de 2001 resolución desestimatoria (folio 20), notificada el 8 de octubre de 2002, la cual se basó exclusivamente en que "no ha quedado acreditado en su expediente que el interesado se encontrase en España antes del 23.01.2001".

Interpuso entonces, con fecha 24 de octubre de 2002, recurso de reposición, en el que alteró el objeto de su petición, puesto que si antes había solicitado, como hemos apuntado, un permiso de residencia "sin" autorización para trabajar, en el recurso de reposición pidió que se le concediera permiso de residencia temporal "CON" autorización para trabajar. Tal cambio de pretensión lo justificó entonces (folio 23) en que "en el momento de presentar su solicitud no contaba con una oferta real de trabajo, por lo que dado que ahora le han ofertado un puesto de trabajo con la empresa Aquilino de León Sosa, aporta copia del contrato a fin de que se resuelva conceder permiso de residencia temporal con autorización para trabajar". Y la Administración, o bien confundió el verdadero objeto del expediente, o bien dió por bueno este cambio de petición, pues la resolución desestimatoria del recurso de reposición, de fecha 28 de octubre de 2002 (folio 35) identifica la resolución recurrida -antecedente de hecho 1º- como resolución desestimatoria del permiso de residencia temporal con autorización para trabajar, aunque desestima el recurso por las mismas razones, esto es, únicamente porque "la documentación aportada no acredita su estancia en España antes del 23 de enero de 2001" - fundamento de derecho 2º-.

Contra esta última resolución interpuso D. Eusebio recurso contencioso-administrativo, identificando en el escrito de interposición el acto impugnado como la "resolución de 19.11.2001 por la que se deniega el permiso de residencia con autorización para trabajar solicitado"; y en el suplico de la demanda pidió que se declarase su derecho a la obtención del permiso de residencia temporal "con autorización para trabajar".

Una vez más, la Administración demandada, a través del Sr. Abogado del Estado, pareció dar por bueno este planteamiento de la pretensión, puesto que en su contestación a la demanda comenzó señalando, literalmente, lo siguiente: "El objeto del presente recurso contencioso-administrativo es la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra resolución de 19 de noviembre de 2001, que a su vez desestima la solicitud de permiso de residencia temporal con autorización para trabajar". Y la Sala de instancia también aceptó este planteamiento de la pretensión del actor, puesto que comenzó la fundamentación jurídica de su sentencia con la siguiente frase: "Es objeto de impugnación la Resolución denegatoria de permiso de residencia temporal con autorización para trabajar...".

Ahora, en casación, insiste la parte recurrente en que "solicitó permiso de residencia temporal con autorización para trabajar" (antecedente de hecho del escrito de interposición) y pide que se dicte sentencia estimatoria del recurso de casación por la que, revocándose la de instancia, se declare su derecho a la obtención del permiso de residencia temporal "con" autorización para trabajar.

Pues bien, a tenor de estos antecedentes, prolijamente expuestos, resulta desde luego discutible la pretensión de reconocer en sentencia el derecho a obtener un permiso que en realidad el interesado no había pedido en la solicitud que puso en marcha el expediente, pues, como hemos

apuntado, lo que pidió entonces fue estrictamente un permiso de residencia temporal "sin" autorización para trabajar, y fue solo al recurrir en reposición cuando por primera vez añadió la petición de que se le concediera el permiso de residencia "con" autorización para trabajar. Con todo, como quiera que la misma Administración, al resolver el recurso de reposición, dio por buena esta alteración de su solicitud y la resolvió en consecuencia, y ya en el proceso también ha aceptado este planteamiento de su pretensión, hasta el punto de que la misma sentencia de instancia parte asimismo de este dato a la hora de examinar el asunto, no podemos sino aceptar que, efectivamente, lo que la Administración finalmente denegó, al desestimar el recurso de reposición, fue una solicitud de permiso de residencia temporal con autorización para trabajar, por lo que corresponde ahora resolver si, tal y como el actor alega, tiene derecho a la obtención de ese permiso.

Quinto.- A estos efectos, hemos de partir de lo establecido en el precepto que se cita como infringido por la sentencia de instancia, el artículo 31.4 de la L.O. 4/2000 (reformado por L. O. 8/2000), según el cual "podrá otorgarse permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo en los supuestos previstos reglamentariamente". Reparemos en que este precepto legal se remite para la determinación de los supuestos de arraigo a los "supuestos previstos reglamentariamente".

Cuando el ahora recurrente en casación presentó su solicitud de permiso de residencia temporal aún no había entrado en vigor el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 , aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio . En esa época anterior a la entrada en vigor del RD 864/2001, la Administración aplicaba, para apreciar la concurrencia del arraigo, unos criterios de carácter transitorio contenidos en la Resolución de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, de 8 de junio de 2001 (aclarada por otra posterior de 15 de junio). Se exigían en esa Resolución una serie de requisitos, consistentes en "1. Encontrarse en España con anterioridad al 23 de enero de 2001.

2. Acreditar una situación de arraigo en nuestro país, considerando como tal la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, la anterior residencia regular en España, o la existencia de vínculos con extranjeros residentes o con españoles.

3. No estar incurso en alguna de las causas de expulsión que se establecen en los artículos 53.c),d) y f) y 54 de la citada Ley Orgánica 4/2000 , ni haber sido acordada su expulsión con anterioridad por alguna de estas causas en base a la normativa de extranjería vigente en su momento, y no tener prohibida la entrada en territorio español, salvo que la expulsión hubiere prescrito, ni tener proceso judicial penal, en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones. Asimismo cumplir los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 de la Ley Orgánica 8/2000 ".

Quedaban así definidos por la misma Administración los supuesto en los que concurriría el arraigo: "la (1) incorporación real o potencial al mercado de trabajo, la (2) anterior residencia regular en España, o (3) la existencia de vínculos con extranjeros residentes o con españoles" Ciertamente, como hemos apuntado en numerosas sentencias, de innecesaria cita por su reiteración, ni esas notas informativas tienen valor de norma (aunque sólo fuera porque no fueron publicadas en el B.O.E.) ni puede limitar las facultades interpretativas de las norma que aquellos tienen. Sin embargo, ello no significa que carezcan de valor alguno, sobre todo habida cuenta que los criterios expuestos por la Administración en esa Nota Informativa han sido llevados a los mismos formularios que la Administración proporciona a los interesados.

La seguridad jurídica (artículo 9.3 de la C.E .) y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 C.E .) no permite a la Administración hacer pública una determinada interpretación de las normas que favorece a los interesados y despreciarla después. Y los Jueces y Tribunales deben tener en cuenta esta circunstancia, para que no sufran los principios de buena fe y confianza legítima.

Sexto.- Pues bien, de entre todos estos requisitos, la Administración únicamente ha tenido por no acreditado uno, ya que en todo momento ha esgrimido como causa obstativa para la obtención de dicho permiso, tan solo, que no ha quedado acreditada la estancia del interesado en España antes del 23 de enero de 2001, no habiéndose puesto de manifiesto ninguna otra razón que justifique la denegación de aquel permiso.

Situados, pues, en esta perspectiva de análisis, ocurre que la Sala de instancia realizó una selección parcial y limitada del material probatorio obrante en autos, puesto que ciñó su examen a la documentación obrante en el expediente administrativo, que ciertamente no era suficiente para tener por acreditada esa estancia anterior a dicha fecha, pero no valoró en su sentencia la aportada por el recurrente junto con su demanda, donde la cuestión quedaba despejada, puesto que el certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria entonces aportado decía, literalmente, que "según informe de la Policía Local, de fecha 07/01/2003, el agente 562, resulta que el interesado, Don Eusebio , reside y habita en la citada dirección desde el año 2000 y convive en unión de Joaquín " (este dato puede ser válidamente considerado en la sentencia de casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional).

En consecuencia, habiendo quedado rebatido el único argumento opuesto por la Administración para la concesión del permiso solicitado, procede, sin necesidad de mayores consideraciones, declarar haber lugar al recurso de casación, estimar el contencioso administrativo y declarar el derecho del actor a que la Administración le otorgue el permiso de residencia temporal con autorización para trabajar regulado en el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000 , reformada por la L.O. 8/00 .

Septimo.- Al declarar haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo y no existen razones para hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

III. FALLAMOS

Que declaramos haber lugar al recurso de casación nº 5490/2004, interpuesto por D. Eusebio contra Sentencia de 12 de diciembre de 2003, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Canarias , con sede en Las Palmas de Gran Canaria, dictada en el recurso contencioso administrativo número 608/03, y en consecuencia:

1º.- Revocamos dicha sentencia.

2º.- Estimamos el recurso contencioso administrativo Nº 608/2003, interpuesto por D. Eusebio contra la resolución de 28 de octubre de 2002, de la Delegación del Gobierno en Canarias, desestimatoria del recurso de reposición promovido contra la resolución de 19 de noviembre de 2001, resoluciones que declaramos disconforme a Derecho y que anulamos.

3º.- Reconocemos el derecho de D. Eusebio a que la Administración le conceda el permiso de residencia temporal con autorización para trabajar, al amparo del artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero , reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre .

4º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo.Sr.D.Mariano de Oro-Pulido y López, Magistrado Ponente en estos autos; de lo que como Secretario, certifico.

