

S E N T E N C I A N.º 49/2022

En Bilbao, a nueve de marzo de dos mil veintidós.

El Ilmo. Sr. D. Juan Carlos da Silva Ochoa, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Bilbao, ha dictado la siguiente Sentencia en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número ■/2022 seguido por el procedimiento Abreviado , en el que se impugna la resolución de 23 de noviembre de 2021 que deniega la residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral

Son partes en dicho recurso: como recurrente D. ■ y representado y dirigido por la **Letrada Doña Itxaso López Recio** y como demandada la Subdelegación de Gobierno en Bizkaia, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente mencionada anteriormente se presentó escrito de demanda contra la resolución administrativa mencionada, en el que tras exponer los Hechos y Fundamentos de Derecho que estimó pertinentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se acordó su sustanciación por los trámites del procedimiento abreviado establecidos en el artículo 78.3 LJCA, con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso

El demandante interpone recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución de 23 de noviembre de 2021, del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia, que desestima su solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral, formulada el 12 de mayo anterior.

El motivo de la denegación es la ausencia de acreditación de una relación laboral con entidad suficiente para proporcionar los medios económicos para el mantenimiento de la solicitante. La relación laboral que se acredita no alcanza la jornada laboral de 30 horas semanales durante los seis meses en los que ha sido habilitado para trabajar, por lo que la Administración considera la misma sin entidad suficiente.

Además, se deniega porque el interesado fue condenado por sentencia firme de 7 de agosto de 2020, como autor responsable de un delito contra la seguridad del tráfico.

Por la parte actora se solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada y se reconozca su derecho a la autorización de residencia solicitada. A estos efectos alega: a) que la resolución adolece de falta de motivación al ser una “resolución tipo”; b) que vulnera el principio de irretroactividad de las normas desfavorables del art. 9.3 CE, al aplicar una Instrucción del Ministerio e Inclusión, Seguridad Social y Migraciones dictada con posterioridad a la fecha de presentación de su solicitud; y, c) que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, ya que no se han ponderado todas las circunstancias concurrentes en el actor, dando mayor importancia a una condena por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas que al hecho de haber dedicado una parte importante de su estancia en territorio español a trabajar y cotizar a la Seguridad Social, como acredita mediante la vida laboral que acompaña a la demanda.

La Administración General del Estado, a través de su representación procesal, se ha opuesto al recurso, abundando en los argumentos de la resolución impugnada y en la obligación de los órganos administrativos de seguir las instrucciones internas que se refieren a esta materia.

SEGUNDO.- Requisitos reglamentarios para solicitar la autorización

El recurrente solicitó una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, en aplicación del supuesto previsto en el art. 124.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, según se advierte en el escrito que suscribió el 12 de mayo de 2021, que consta al folio 1 del expediente administrativo.

Conforme al precepto invocado los extranjeros podrán obtener una autorización de residencia temporal, por arraigo laboral, cuando cumplan los siguientes requisitos: a) que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, b) siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años; y, c) que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses.

TERCERO.- Circunstancias de la relación laboral

Como es sabido, el primero de los criterios en que se funda la denegación de la autorización está contenido en la Instrucción de la Secretaría de Estado de Migraciones nº

1/2021, “Sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral”.

Las instrucciones y órdenes de servicio a las que se refiere el art. 6 de la Ley 40/2015 tienen como finalidad la de dirigir por los órganos administrativos las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes, y no constituyen una fuente de Derecho que se integre en el ordenamiento jurídico. Su aplicabilidad a las relaciones con terceros depende de su razonabilidad y legalidad. No son, por consiguiente, normas a las que quepa aplicar el criterio de la irretroactividad *in peius*.

Resulta indiscutible que la finalidad de la norma establecida en el art. 124.1 RLOEX es asegurar que el extranjero cuente con medios para su sustento, puestos de manifiesto por una actividad laboral de cualquier tipo y acreditada por cualquier medio. La norma efectúa un juicio prospectivo: si el extranjero prueba haber sido capaz de mantenerse con su trabajo durante al menos seis meses en los dos años anteriores a la solicitud de autorización de residencia, se presume que podrá asimismo conseguirlo durante el tiempo de la autorización. El Reglamento no exige, sin embargo, la continuidad de la prestación laboral.

Lo que ahora se debe resolver es si el criterio de la “entidad suficiente”, en el que la Administración se apoya, es o no conforme a Derecho; y si, de serlo, ha sido correctamente aplicado al seguir las pautas de la Instrucción de la SEM.

El criterio administrativo consiste en excluir las relaciones laborales sin entidad suficiente; es decir, aquellas cuya alegación, según la Instrucción, desvirtúa el sentido del precepto y pone de manifiesto una actuación en fraude de Ley. Considera la Instrucción que no tienen entidad suficiente, en lo que en este proceso importa, las relaciones en las que el salario es inferior al SMI -o a la proporción del mismo que corresponda en los casos de contrato a tiempo parcial-; y aquellas en las que la jornada laboral (de una o varias relaciones laborales coetáneas) es inferior a 30 horas semanales en cómputo legal.

CUARTO.- Aplicación al caso concreto

Es razonable y conforme a Derecho que la Administración realice una interpretación de la norma reglamentaria que tenga en cuenta el espíritu y finalidad de la misma, como criterio hermenéutico de general aplicación. Es de especial relevancia que lo haga en un ámbito tan casuístico (y, por ende, de tan difícil regulación exhaustiva) como el Derecho de extranjería.

En consecuencia, exigir que la relación laboral tenga intensidad o entidad suficiente es razonable, porque es conforme a la razón ordinaria que no toda relación laboral pone de manifiesto la existencia de un arraigo laboral, entendido como la voluntad confirmada por los hechos de establecer y mantener el centro de actividad laboral de la persona en un determinado espacio físico.

La Instrucción ofrece a los órganos encargados de tramitar este tipo de solicitud dos criterios para apreciar la entidad suficiente: el importe del salario y la duración de la jornada semanal. Esta directriz, con ser útil para el desempeño de las funciones de los órganos

administrativos en la mayor parte de los casos, no excluye que se puedan tener en cuenta otros factores para conectar las circunstancias de la actividad laboral con el concepto de arraigo.

En el caso presente, resultan hechos relevantes en la vida laboral del actor que ha trabajado con jornada semanal parcial del 30% desde el 24 de enero al 9 de diciembre de 2020; y que entre el 1 de agosto de 2019 y el mes de agosto de 2020 ha trabajado en jornada de 7 horas semanales, modificada en esa última fecha a 20 horas semanales (folios 18 y 19 del expediente).

Habida cuenta de las dificultades notorias de acceso a un puesto de trabajo en el período considerado, de la extensión de la temporalidad en el mercado laboral, de la duración de la relación laboral y de la estabilidad en el puesto de trabajo (encadenando sucesivos contratos con el mismo empleador), es posible concluir que la relación laboral debe tenerse por relevante a los efectos previstos en el 124.1 del Real Decreto 557/2011.

QUINTO.- Antecedentes penales

La norma que -sin contradicción entre las partes- resulta aplicable a la solicitud presentada impone otro requisito, en lo que ahora interesa, cual es la ausencia de antecedentes penales. Esta disposición reglamentaria no hace sino reiterar el requisito establecido en la propia LOEX, cuyo art. 31.5 ordena, con carácter general: *“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.”*

Ahora bien, la interpretación que de este requisito se hace por la Administración en este caso concreto no es conforme con la que se encuentra en la doctrina casacional, tal como ha sido acogida y aplicada en la jurisprudencia de apelación del TSJPV.

Así, las SSTSJPV de 16 de enero y 19 de octubre de 2021 dicen lo siguiente:

La cuestión que se plantea en el recurso de apelación consiste en responder a si conforme a derecho fue la decisión de la Administración, que ratificó la sentencia apelada, de denegar la solicitud de residencia de larga duración, presentada por el apelante el 25 de junio de 2018, por constarle antecedentes penales, en concreto, condena a pena de multa por conducción de vehículos de motor sin autorización, ello en aplicación de la doctrina jurisprudencial que se plasmó en la STS 1050/2018, de 5 de julio, casación 3700/2017, que fue la que tuvo presente la Administración, así como la sentencia apelada, para ratificar la conformidad a derecho del rechazo a la autorización de residencia de larga duración, con alusión, asimismo, a sentencia de esta Sala 577/2018, de 11 de diciembre, apelación 1071/2017, que hizo aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo plasmada en la sentencia de 5 de julio de 2018.

Lo primero que debemos precisar es que estamos ante un supuesto de autorización de residencia de larga duración en el ámbito del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, y no estamos en el ámbito de las del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el

Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por lo que, a estos efectos, debe considerarse improcedente la cita que se hace al art. 15.1.b) del mismo por parte del apelante en el recurso de apelación.

Analizados los antecedentes del expediente y los autos, la Sala tiene que ratificar que el interesado con el recurso de apelación, así como con la demanda, hace una precisa y cabal defensa de los argumentos que la Sala, finalmente, tiene que acoger, de conformidad con la evolución jurisprudencial a la que nos vamos a referir.

Si bien es cierto que la STS 1150/2018, de 5 de julio, casación 3700/2018 vino a plasmar una doctrina jurisprudencial contraria a la aplicación que se venía haciendo, en concreto, por esta Sala, en relación con la incidencia de los antecedentes penales respecto a las autorizaciones de residencia de larga duración, porque vino a ratificar que la simple existencia de un antecedente penal impedía la autorización de larga duración, en concreto declaró que la sola existencia de algún antecedente penal determina, sin más, la denegación de la solicitud de autorización de larga duración.

En el fondo, así se vino a ratificar al posterior STS 1674/2018, de 27 de noviembre, casación 5255/2017.

Tenemos que dicha doctrina jurisprudencial ha sido abandonada por el Tribunal Supremo, podemos hacer cita, entre otras, de la STS de 4 de marzo de 2020, casación 5234/2018 y, en concreto, de la STS de 29 de julio de 2020, casación 4687/2019, que, en relación con los precedentes que hemos referido, va a ratificar como doctrina jurisprudencial que para decidir acerca de la solicitud formulada por un extranjero de una autorización de residencia de larga duración, se debe considerar, primero, si tiene algún antecedente penal y si ello ocurre, considerar la gravedad y el tipo de delito contra el orden público por el que el solicitante fue condenado y si representa un peligro para la sociedad por su conducta, y, en segundo lugar, se debe examinar, además de lo anterior, si el solicitante tiene vínculos con el país de residencia, en concreto, en ella se valoró el supuesto de solicitante con hijo menor de edad de nacionalidad española, para destacar que procedía examinar la relación del progenitor con el menor, si tenía la guarda y custodia, si está a su cargo, etc.

Asimismo, debemos destacar, por su relevancia, porque viene a ser un pronunciamiento que deja sin efecto las conclusiones de la jurisprudencia que arrancaron con la STS 1150/2018, de 5 de julio, casación 37/2017, la que, tuvo presente la Administración y la sentencia apelada, la STJUE de 3 de septiembre de 2020, que al resolver cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, en los asuntos acumulados C-503/2019 y C-592/19, declaró lo que sigue:

“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, tal como la interpretan algunos órganos jurisdiccionales de este, que establece que puede denegarse al nacional de un tercer país el estatuto de residente de larga duración en dicho Estado miembro por el mero hecho de que tenga antecedentes penales, sin examinar específicamente su situación por lo que respecta, en particular, al tipo de delito que haya cometido, al peligro que representa eventualmente para el orden público o la seguridad pública, a la duración de su residencia en el territorio del mismo Estado miembro y a la existencia de vínculos con este último”.

Ello tras razonar en sus apartados 33 a 42 en los términos que siguen:

“32 Por consiguiente, dicho artículo no es pertinente en una situación como la que ha dado origen a los litigios principales, en el marco de los cuales se impugna la denegación por un Estado miembro del estatuto de residente de larga duración a un nacional de un tercer país que ha residido legal e ininterrumpidamente en el territorio de ese Estado miembro durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud por el interesado.

33 Preciado lo anterior, cabe considerar pues que, mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, los juzgados remitentes desean que se dilucide, en esencia, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, tal como la interpretan algunos órganos jurisdiccionales de este, que establece que puede denegarse al nacional de un tercer país el estatuto de residente de larga duración en dicho Estado miembro por el mero hecho de que tenga antecedentes penales, sin examinar específicamente su situación por lo que respecta, en particular, al tipo de delito que haya cometido, al peligro que representa eventualmente para el orden público o la seguridad pública, a la duración de su residencia en el territorio del mismo Estado miembro y a la existencia de vínculos con este último.

34 A este respecto, debe recordarse ante todo que el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2003/109 contempla la posibilidad, pero no impone la obligación, de que los Estados miembros denieguen el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública.

35 Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las disposiciones de una Directiva deben ser ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa y con la especificidad, precisión y claridad requeridas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica (sentencia de 11 de septiembre de 2014, Comisión/Portugal, C-277/13, EU:C:2014:2208, apartado 43 y jurisprudencia citada).

36 De ello resulta que, para aplicar correctamente el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2003/109, un Estado miembro debe contemplar en su ordenamiento jurídico interno la posibilidad de denegar el estatuto de residente de larga duración a un nacional de un tercer país por motivos de orden público o de seguridad pública, con la especificidad, precisión y claridad requeridas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica.

37 Por consiguiente, corresponde a los juzgados remitentes, que son los únicos competentes para interpretar el Derecho nacional en el marco del procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros, C-62/14, EU:C:2015:400, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartado 80), comprobar que el Derecho español contenga una disposición que reúna las características mencionadas en el apartado anterior de la presente sentencia.

38 En cuanto a si tal disposición puede establecer que la sola existencia de antecedentes penales del interesado es suficiente para denegarle el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública, del artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2003/109 se desprende que una denegación de esta índole supone que se tome en consideración y se sopesen una serie de elementos, a saber, por un lado, la gravedad o el tipo de delito cometido por la persona en cuestión y el peligro que esta representa para el orden

público o la seguridad pública y, por otro lado, la duración de su residencia en el Estado miembro de acogida y sus eventuales vínculos con este Estado miembro.

39 La toma en consideración de todos estos elementos implica que se proceda a una valoración caso por caso, lo que excluye la posibilidad de denegar el estatuto de residente de larga duración al interesado por el mero hecho de que tenga antecedentes penales, sea cual sea la naturaleza de estos.

40 Esta interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2003/109 viene corroborada por reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las medidas justificadas por motivos de orden público o de seguridad pública solo pueden adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso por parte de las autoridades nacionales competentes, se ponga de manifiesto que la conducta individual de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad [sentencia de 2 de mayo de 2018, K. y H.F. (Derecho de residencia y alegaciones de comisión de crímenes de guerra), C-331/16 y C-366/16 , EU:C:2018:296 , apartado 52 y jurisprudencia citada].

41 En este sentido, en relación con el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2003/109, cuyo tenor es muy similar al del artículo 6, apartado 1, párrafo segundo , de esta, se ha declarado que no puede adoptarse una decisión de expulsión contra un nacional de un tercer Estado, residente de larga duración, por la mera razón de que haya sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año (sentencia de 7 de diciembre de 2017, López Pastuzano, C-636/16 , EU:C:2017:949 , apartado 28).

42 De ello se deduce que las autoridades competentes de un Estado miembro no pueden considerar automáticamente que procede denegar el estatuto de residente de larga duración al nacional de un tercer país por motivos de orden público, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2003/109, por el mero hecho de haber sido condenado por un delito [véase, por analogía, la sentencia de 12 de diciembre de 2019, G.S. y V.G. (Amenaza para el orden público), C-381/18 y C- 382/18, EU:C:2019:1072 , apartado 65] ” .

Con ello, debemos concluir en la no aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial que arrancó con la STS de 5 de julio de 2018y, por ello, excluir que la simple existencia de antecedentes penales sea determinante en sí misma para desestimar la solicitud de residencia de larga duración, por lo que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial más reciente y, en concreto, de la STJUE de 3 de septiembre de 2020, procede, en este caso, examinar específicamente la situación, en concreto el tipo de delito cometido, el peligro que representaba para el orden público y la seguridad pública o la duración de la residencia en el territorio del Estado miembro y la existencia de vínculos con este.

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial, que es aplicable también a la autorización solicitada en este caso, **procede anular la resolución impugnada, por falta de ponderación de la gravedad de la conducta puesta de manifiesto por la condena firme recaída, y su incidencia en la seguridad ciudadana como una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad.**

Y asimismo **procede valorar que, tratándose de un único delito imprudente -de comisión desafortunadamente frecuente-, que las penas impuestas fueron las de 30 días de trabajos en beneficio de la comunidad y 10 meses de privación del permiso de conducir (esta última ha sido**

cumplida y extinguida el 2 de junio de 2021, es decir, menos de un mes después de la solicitud de autorización de residencia -folio 27 del expediente administrativo), la conducta no debe considerarse de la gravedad exigida por la jurisprudencia para constituir obstáculo para la autorización que pretende.

SEXTO.- Costas

Conforme al artículo 139.1 LJCA, a la vista de las dudas de hecho y de derecho que presentaba el caso presente, no procede hacer expresa condena en costas.

En su virtud,

FALLO

1.- Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D [REDACTED] frente a la Resolución de 23 de noviembre de 2021, del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia, que desestima su solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral.

2.- Reconozco el derecho del actor a la autorización de residencia temporal por arraigo laboral que había interesado.

3.- Sin costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4772 0000 00 0012 22, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
