

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 442/2013**

SENTENCIA NÚM. 3092 DE 2013

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. RAFAEL TOLEDANO CANTERO
MAGISTRADOS
D. JESÚS RIVERA FERNÁNDEZ
D^a MARÍA ROSA LÓPEZ-BARAJAS MIRA

En la ciudad de Granada, a cuatro de noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el rollo de apelación número 442/2013, dimanante del procedimiento abreviado número 2, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de Granada, de cuantía indeterminada, siendo parte apelante la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GRANADA**, representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado; y parte apelada, **D. [REDACTED]** representado por la Procuradora de los Tribunales D^a María José García Carrasco, y dirigido por la Letrada D^a Gloria Gámez Vargas.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús Rivera Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó sentencia en fecha 16 de enero de 2013, interponiéndose frente a dicha resolución recurso de apelación dentro de plazo.

SEGUNDO.- Tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de quince días formularan su oposición al mismo, presentándose por la parte apelada el escrito de impugnación de dicho recurso.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó Ponente, y, al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación la sentencia de fecha 16 de enero de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de los de Granada, por la que se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente apelado, frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Granada, de fecha 11 de octubre de 2012, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la resolución del propio órgano, de fecha 4 de mayo de 2012, que denegó al extranjero apelado, nacional de Senegal, su solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 124.2 b) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en relación con el artículo 66 del mismo texto normativo, por *“no garantizar el empresario o empleador al trabajador la actividad continuada durante un año...”* y porque *“consta un expediente administrativo sancionador de expulsión decretado al interesado por la Subdelegación del Gobierno en*

Granada con fecha 23/11/2011 con una prohibición de entrada en territorio Shengen por un período de tres años... ”.

SEGUNDO.- La parte apelante funda su recurso frente a la sentencia de instancia, en síntesis, en que, en el presente caso, el interesado la única documentación aportada para acreditar los medios económicos ha sido la declaración anual del IRPF del empresario, siendo que la tributación por módulos que hace, aunque legal, presenta dificultades para conocer cuáles son realmente los ingresos obtenidos por el declarante.

Y, en cuanto a la orden de expulsión, no procede su revocación, remitiéndose a lo expuesto en el escrito de oposición al recurso contencioso-administrativo.

La parte apelada replica aduciendo que la sentencia apelada es ajustada a derecho, reiterando los argumentos ya sostenidos en su demanda.

TERCERO.- La sentencia apelada, para estimar el recurso contencioso-administrativo, razona en su fundamento jurídico primero sobre la suficiencia de los recursos económicos del empresario empleador, al tiempo que, en relación con la orden de expulsión, dice que procedería la sustitución de esta sanción por la de multa.

El artículo 100.1 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, sistemáticamente incardinado en el Capítulo VI del Título IV, dedicado a la *“autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada”*, dispone, en cuanto al procedimiento, que *“la solicitud se tramitará por el procedimiento previsto en el art. 67 de este Reglamento para las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena”*, y este último precepto en su apartado 1 establece que *“el empleador deberá presentar personalmente, o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la correspondiente solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena ante el órgano competente para su tramitación, de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral”*.

Por su parte, el artículo 128.1 del mismo texto reglamentario, colocado sistemáticamente en el Capítulo I del Título V, que reza como *“autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público”*, estatuye que *“la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que no requerirá visado, deberá ser solicitada personalmente*

por el extranjero ante el órgano competente para su tramitación, salvo en el caso de menores o incapaces, en el que podrá presentar la solicitud su representante legal, acompañada de la siguiente documentación...”.

Como podemos comprobar, el nuevo Reglamento contiene la misma diferenciada regulación de la autorización por cuenta ajena y de la de residencia temporal por circunstancias excepcionales, reservando la solicitud de la primera al empresario, y la segunda, al extranjero, que, además, ha de presentarla personalmente, como acontecía con el régimen anterior del Real Decreto 2393/2004. Sin embargo, la Administración, en una errónea interpretación, refiere el requisito exigido en el artículo 64.3 e), en relación con el artículo 129.2 a), ambos del vigente Reglamento de Extranjería, al extranjero solicitante de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales (arraigo), cuya regulación, con distinto encaje sistemático, está recogida en el artículo 124 del texto reglamentario, cuando es más que manifiesto que ese requisito está contemplado para el empresario, incluido en otro Capítulo y Título disímiles. Por tanto, no se puede trasladar al extranjero que solicita personalmente aquella autorización la carga de acreditar que *“el empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador en los términos establecidos en el art. 66 de este Reglamento”*, que, como hemos dicho, está referida al empresario que solicita la autorización para el extranjero por cuenta ajena, que no es el supuesto enjuiciado (vid. folio 1 del expediente administrativo).

Esta es la solución que esta Sección arbitró para casos idénticos al sometido ahora a nuestro enjuiciamiento. Así, la sentencia de esta Sección 2135/2012, de 9 de julio de 2012, dictada en el rollo de apelación 1266/2008, aplicable *mutatis mutandi* al caso que en este momento nos ocupa, dejó dicho en su fundamento jurídico tercero lo que sigue:

“TERCERO.- Entre los requisitos para el otorgamiento de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, el apartado c) del artículo 50 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería exigía “que las empresas solicitantes hayan formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. En los términos establecidos en el artículo siguiente, se podrá requerir, además, al empresario que acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial”.

Por su parte, el artículo 53.1 del mentado Reglamento, disponía que "la autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los supuestos siguientes: (...) f) Cuando el empresario o empleador no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, o bien cuando, siendo requerido para ello en los términos establecidos en el art. 51, no acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo".

Pues bien, el juez a quo, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada, acierta cuando dice que la Administración denegó la autorización solicitada con base en la falta de acreditación de la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años y en que la empresa oferente no se encontraba al corriente de sus obligaciones tributarias.

No le falta razón al juez de instancia. Pero la Sala tiene que añadir que el yerro de la parte apelante y, por ende, de la primigenia resolución administrativa, parte de la confusión sobre la calificación jurídica de la solicitud presentada por el recurrente apelado. En efecto, tanto el artículo 50 c) como el 53.1 f), ambos del Reglamento de Extranjería, se refieren, respectivamente, a uno de los requisitos y a un supuesto de denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena para cuya solicitud sólo están legitimados los empleadores o empresarios y, por tanto, a éstos son a los que hay que referir la acreditación de las exigencias concretas que la Administración estime oportunas de acuerdo con lo dispuesto en los mentados preceptos reglamentarios. Por el contrario, la solicitud de autos fue formulada por el propio extranjero (personalmente, como dice el artículo 46.1 del Reglamento) y se refería a una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (arraigo), concretamente al amparo del artículo 45. 2 b) del Reglamento, como se colige claramente de la solicitud (documento 1 del expediente administrativo). Ello significa que el extranjero solicitante ha de probar los requisitos previstos para la singular autorización, de modo que no pueden trasladarse carga probatoria alguna dispuesta por la norma para otros supuestos y para otras personas, como es la impuesta al empleador o empresario respecto de la acreditación de encontrarse "al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias" para conseguir a favor del extranjero la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

El artículo 45.2 del Reglamento establecía que "se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes

supuestos: (...) b) A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual".

La prístina resolución denegatoria de la autorización solicitada por el extranjero apelado, descartado que la prueba sobre el requisito de la acreditación de encontrarse la empresa al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias corresponda al extranjero solicitante, únicamente cuestiona el requisito de la permanencia continuada del extranjero en España por un período mínimo de tres años. Sobre el expresado requisito, la Sala, con vista de lo adverbado en el expediente administrativo, constata la permanencia en España del nacional de Mauritania apelado durante más de tres años, existiendo prueba documental del cumplimiento de ese requisito cronológico, por cuanto que, partiendo de la fecha de la solicitud, 10 de junio de 2007, que sería el dies ad quem del indicado plazo, hay prueba documental que abarca hasta más de tres años anteriores a aquella data, esto es, hasta el 10 de junio de 2004, que sería el dies a quo del señalado plazo. En efecto, constan en el expediente administrativo certificados del Ayuntamiento de Alfarrás, Lleida, acreditativos de la residencia del extranjero apelado en dicha localidad desde el 1 de mayo de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2006 (folios 3.1, 2, 3, 4). Y, a mayor abundamiento, aparte de carecer el solicitante de antecedentes penales, acompañó un contrato de trabajo firmado por el mismo y por la empresaria D^a Margarita de un año de duración (folio 5) y un informe de inserción social expedido por el Ayuntamiento de Torredelcampo (folio 9).

Razones, todas las cuales, culminan en la desestimación del recurso de apelación".

A idéntica conclusión llegamos en las sentencias de esta Sección 952/2012, de 12 de marzo de 2012, y 2198/2012, de 16 de julio de 2012, dictadas, respectivamente, en los rollos de apelación 1184/2008 y 128/2009, en cuyos fundamentos jurídicos tercero declaramos lo siguiente:

"La primera reflexión que sugiere el contraste de la inicial solicitud, que rogaba una autorización de residencia por arraigo social con soporte en el indicado artículo 45.2 b) del Real Decreto 2393/2004 (folio 1 del expediente administrativo), con la respuesta dada por la Administración en



la *prístina resolución denegatoria*, es la *incongruencia en que incurre, vulnerándose, de esta guisa, el principio de congruencia estatuido en el artículo 89.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual "en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste..."*. En efecto, los requisitos de que la empresa solicitante haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y el empresario disponga de los medios económicos necesarios para su proyecto empresarial venía referido, en el artículo 50 c) del mencionado Reglamento, al supuesto de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (artículos 48 a 50), que tiene una regulación disímil de la residencia temporal por circunstancias excepcionales (artículos 45 a 47), y un procedimiento también diverso y con distinta distribución sistemática: la autorización de residencia temporal (Capítulo I del Título IV), y la autorización de residencia temporal y trabajo (Capítulo II del Título IV), instaurando, pues, el texto reglamentario un régimen jurídico diferenciado para esas situaciones, destacando, en cuanto al procedimiento, que, en el caso de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, "...deberá ser solicitada personalmente por el extranjero ante el órgano competente para su tramitación" (artículo 45.1), mientras que, en el supuesto de la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, quien deberá presentar personalmente, o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la solicitud es "el empleador o empresario que pretenda contratar a un trabajador extranjero no residente en España" (artículo 51.1)".

En definitiva, a la solicitud por arraigo social presentada por el extranjero apelante sólo podía exigírsele los requisitos previstos en el artículo 124.2 del tan nombrado Reglamento, que dispone que "*por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años*."

Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

- a) **Carecer 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.**
- b) **Contar con 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. Dicha contratación habrá de estar basada en la existencia de un solo contrato, salvo en los siguientes supuestos:

1º En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses.

2º En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos, todos ellos de duración mínima de un año, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.

c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

A dichos efectos, el órgano autonómico competente podrá realizar consulta al Ayuntamiento donde el extranjero tenga su domicilio habitual sobre la información que pueda constar al mismo.

El informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente, siempre que ello haya sido previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

El informe de la Corporación local habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Corporación local deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

El órgano que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes. En caso de cumplirse los requisitos previstos en el art. 105.3 de este Reglamento, se podrá alegar que los medios económicos derivan de una actividad a desarrollar por cuenta propia.

En caso de que el informe no haya sido emitido en plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho”.

Por lo que hace a la orden de expulsión, la Sala suscribe íntegramente el razonamiento esclarecido por el Juez a quo en punto a que, si no consta al extranjero hecho o antecedente negativo alguno, procedería, en todo caso, la sustitución de aquella sanción por la de multa, como reiteradamente viene sosteniendo esta Sección en aplicación de la doctrina, sentada y uniforme, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Pues bien, aparte de que la Administración no cuestionó el cumplimiento de aquellos requisitos, obra en el expediente administrativo los documentos acreditativos de los mismos: 1) Pruebas de estancia (folios 32 a 63); 2) Certificado negativo de antecedentes penales (folios 4 y 5); 3) Contrato de trabajo (folio 25); y 4) Solicitud de informe de inserción social (folio 58).

Razones, todas las cuales, culminan en la desestimación del presente recurso de apelación.

CUARTO.- Las costas causadas en esta instancia se imponen a la parte apelante, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GRANADA**, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 3 de los de Granada, de fecha 16 de enero de 2013, de que más arriba se ha hecho expresión, la que confirmamos por ser ajustada a derecho, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta instancia.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, no cabe recurso ordinario alguno.

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