



Roj: STSJ CLM 225/2016 - ECLI:ES:TSJCLM:2016:225  
Id Cendoj: 02003330022016100045  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Albacete  
Sección: 2  
Nº de Recurso: 105/2015  
Nº de Resolución: 10016/2016  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: JAIME LOZANO IBAÑEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2**

**ALBACETE**

**SENTENCIA: 10016/2016**

**Recurso Apelación núm. 105 de 2015**

**Albacete**

**S E N T E N C I A Nº 16**

**SALA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.**

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibañez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a cinco de febrero de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **105/15** del recurso de Apelación seguido a instancia de **D. Luis Pablo**, representado por la Procuradora Sra. Collado Jiménez y dirigido por la Letrada D.ª Belén Luján Sáez, contra la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ALBACETE**, que ha estado representado y dirigido por el Sr. Abogado del Estado, sobre **PERMISO DE RESIDENCIA**; siendo Ponente el Itmo. Sr. Magistrado D. Jaime Lozano Ibañez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Albacete, nº 2, de fecha 19 de enero de 2015, número 2, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 366/2014. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 26 de junio de 2014, de la Subdelegación del Gobierno en Albacete, por la que se denegó la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales a por D. Luis Pablo, ciudadano de Colombia con NIE NUM000 y pasaporte NUM001, y contra la resolución de 4 de septiembre de 2014 por la que se desestimó el recurso de reposición contra la anterior.

**SEGUNDO.-** El demandante interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

**TERCERO.-** El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 9 de noviembre de 2015; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Albacete nº 2 que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 26 de junio de 2014, de la Subdelegación del Gobierno en Albacete, por la que se denegó la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales a por D. Luis Pablo , ciudadano de Colombia con NIE NUM000 y pasaporte NUM001 , y contra la resolución de 4 de septiembre de 2014 por la que se desestimó el recurso de reposición contra la anterior.

**SEGUNDO .-** La primera cuestión que debe determinarse en la presente apelación es si debe confirmarse la decisión de la sentencia de instancia de no examinar si el interesado tenía o no derecho a la concesión de un permiso basado en el art. 126.3 del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril), esto es, un permiso "por razones humanitarias" concedido a los extranjeros que " *acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia, o de residencia y trabajo* ". La sentencia de instancia afirmó que tal permiso no había sido solicitado en el impreso de instancia correspondiente, sino únicamente el permiso por razones excepcionales por arraigo (art. 124.2) y ya en el acto de la vista el Juez denegó la práctica de ciertas testificales de miembros de la Guardia Civil sobre la base de tal idea.

A juicio de la Sala, siendo controvertido por el actor qué es lo que realmente se solicitó a la Administración (es decir, siendo controvertida la correcta interpretación del impreso obrante al folio 1 del expediente en relación con otros documentos de dicho expediente), no podía anticiparse al momento de la vista la decisión sobre la cuestión de qué había solicitado realmente el interesado ni denegarse las pruebas sobre tal decisión, pues sólo en sentencia podía decidirse ese punto, siendo así que la pertinencia de las pruebas debe valorarse a la luz de los alegatos de las partes y no del eventual éxito o fracaso de tales alegatos que, como decimos, sólo es en sentencia donde hay que establecer. Es cierto que en la demanda la cuestión relativa a las vicisitudes y real contenido del impreso del folio 1, con las explicaciones del actor acerca de por qué aparecía tachado uno de los supuestos, no había sido específicamente tratada, aunque desde luego sí se reiteraba en dicha demanda, constantemente, que el permiso que solicitó fue por arraigo **y** por razones humanitarias, lo cual hacía que las pruebas, en la debida valoración *ex ante* , fueran pertinentes si trataban de demostrar la concurrencia de los requisitos de cualquiera de los dos supuestos. Es cierto, repetimos, que fue en la vista -y luego en la apelación- cuando la parte empezó a dar explicaciones concretas, explícitas y detalladas sobre lo sucedido en relación a dicho impreso, estando la cuestión hasta entonces más bien implícita en las constantes afirmaciones del actor acerca de que el permiso que solicitó fue por arraigo **y** por razones humanitarias. Pero ello es porque sólo fue en la vista cuando el Juez, al resolver sobre la prueba solicitada, anticipó su opinión sobre el objeto legítimo del pleito; momento en el que la parte volvió a insistir en que se pidieron ambas autorizaciones y, ante las referencias al tachado en el impreso de solicitud, dio las explicaciones correspondientes. Es por todo ello por lo que la Sala consideró pertinentes, y practicó, las pruebas denegadas, porque siendo discutido razonablemente el ámbito de lo pedido a la Administración, todo lo que aluda a lo que el actor afirme que pidió puede ser pertinente, son perjuicio de que la prueba pueda resultar inútil si después en sentencia se decide que lo pedido era sólo una y no dos autorizaciones.

En cualquier caso, como decíamos, lo primero que debe analizarse es la protesta del apelante acerca de que la sentencia no examinase la procedencia de conceder al interesado el permiso excepcional por circunstancias humanitarias (el del art. 126.3 del Reglamento), sobre la base de que únicamente había pedido el permiso excepcional por arraigo social (art. 124.2 del Reglamento); pues aunque pudiera no ser correcta la decisión de denegar la prueba, no por ello tiene que ser incorrecta la decisión que finalmente se tomó en sentencia en cuanto a este punto.

La sentencia señala a favor de su decisión que en el impreso de solicitud (folio 1 del expediente) sólo aparece marcada la casilla relativa al permiso excepcional por arraigo social (art. 124.2 del Reglamento); que

la Subdelegación del Gobierno sólo examinó esta solicitud y la Jurisdicción tiene carácter revisor; que el actor puede en cualquier momento interesar la concesión de este permiso excepcional por razones humanitarias; y que no debe olvidarse que el permiso exige reunir los demás requisitos necesarios para la obtención de una autorización temporal de residencia o trabajo.

Si se examina el folio 1 del expediente administrativo se observará que en efecto aparece una cruz en la casilla correspondiente al permiso excepcional por arraigo social (art. 124.2 del Reglamento), mientras que la casilla correspondiente al permiso excepcional por circunstancias humanitarias (el del art. 126.3 del Reglamento) aparece con un tachón, aparentemente marcada con una cruz y con dicha marca tachada. Según se desprende del expediente, junto con este impreso de solicitud se aportó un volante de empadronamiento, un contrato de trabajo, siendo empleador D. Erasmo , una memoria descriptiva de la actividad de la empresa del Sr. Erasmo y documentación sobre la situación tributaria y de Seguridad Social del citado señor. En el mismo día de la presentación, 10 de abril de 2014, la Administración notificó al interesado un documento (folio 2 del expediente administrativo) titulado " *Comunicación de iniciación de expediente aut. residencia temporal circunstancias excepcionales por arraigo social* ", en el que le reclamaba la aportación de un informe de arraigo social y la presentación del empleador en la Subdelegación para ratificar la validez del contrato aportado. En respuesta a lo anterior el interesado presentó un escrito fechado el 23 de abril en el que aportaba el informe de arraigo, realizaba ciertas reflexiones sobre la comparecencia del empleador y en la alegación tercera señalaba que la petición de permiso se formulaba por entender que concurrían " *circunstancias excepcionales, razones humanitarias y de arraigo* ", y se daban razones tanto en relación con el contrato laboral y las circunstancias de arraigo del interesado, como también relativas al peligro de muerte que el interesado decía correr en caso de ser repatriado a Colombia, a causa de su colaboración en la desarticulación de un grupo de narcotráfico, respecto de la que se daban los correspondientes detalles, con cita del informe de fecha 5 de abril de 2012, elaborado por el Capitán de la Guardia Civil D. Javier , Jefe de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de Albacete e instructor- jefe de la investigación policial en la que el interesado colaboró como testigo protegido NUM002 , posibilitando la aprehensión de sesenta kilogramos de estupefacientes y precursores, un millón de euros, vehículos, laboratorios y la detención de 33 personas; se decía también que por diversas razones su identidad había sido desvelada y su vida corría peligro.

Pues bien, la Administración consideró únicamente la petición como petición de permiso por arraigo social y la denegó atendiendo a los requisitos propios de la misma. El interesado presentó entonces recurso de reposición, en el que reiteraba aproximadamente los alegatos del escrito de alegaciones, recurso que fue desestimado.

La sentencia de instancia, como ya vimos, rechaza la posibilidad de analizar la petición del interesado como petición de permiso por razones humanitarias porque en el impreso de solicitud se tachó la casilla correspondiente a esta posibilidad y se marcó solamente la del permiso por arraigo. Ahora bien, el interesado viene formulando todos sus escritos, incluido el de demanda, dando por hecho que la petición alcanzaba a los dos supuestos, y cuando, a raíz de la denegación de las pruebas propuestas en la demanda, surgió expresamente, en el acto de la vista, la cuestión de las casillas del impreso de solicitud, el interesado ha mantenido que rellenó las dos y que ha sido la Administración la que tachó una de ellas por entender que no puede solicitarse a la vez el permiso por ambos motivos.

La sentencia de instancia se limita a atender a lo que obra en el impreso dando por hecho que esa fue la voluntad real del interesado. Ahora bien, lo cierto y verdad es que en todos los escritos presentados el interesado ha dado por hecho que venía presentando la solicitud bajo ambos supuestos; y no sólo los escritos presentados inmediatamente después de la solicitud, en el propio procedimiento administrativo, sino que ya en la demanda que formuló ante el Juzgado de lo Contencioso de Madrid justo un día antes de la solicitud de permiso ante la Subdelegación (folios 69 y siguientes del expediente administrativo), indicaba que tenía cita al día siguiente en la Subdelegación del Gobierno de Albacete " *a los efectos de iniciar expediente administrativo de concesión de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, razones humanitarias y de arraigo* ". Ciertamente no hay una prueba directa de lo que pasó con el impreso, pero al menos el interesado da una explicación, y resulta que tal explicación es la única que tiene un mínimo sentido. Pues ciertamente resultaría chocante la hipótesis de que un interesado, que por actos uniformes inmediatamente anteriores e inmediatamente posteriores al acto de presentación del impreso ( art. 1282 Cc ), venía manifestando y siguió manifestando su intención pedir, o su entendimiento de que había pedido, un permiso por ambos motivos, en el momento mismo de la petición decidiera primero marcar la casilla y luego desmarcarla. Si pese a tales actos anteriores y posteriores únicamente aparecieran marcas sobre una de las casillas, cabría la discusión; pero si a tales actos anteriores y posteriores se añade que las dos casillas parecen marcadas, pero una de ellas, seguidamente, tachada, las explicaciones que da el interesado resultan absolutamente creíbles y

coherentes con todo lo que obra en autos, siendo sin embargo incoherente el supuesto contrario, a saber, que habiendo manifestado con toda claridad el día antes cuál era su intención, y manifestándola también en todos los escritos posteriores al inicial, el interesado hubiera decidido marcar la casilla sobre el permiso por razones humanitarias y a continuación, no se sabe por qué motivo, y en contra de todo lo que venía manifestando antes y después, desmarcarla.

Siendo así, hay que decir que nada se opone en derecho a que la solicitud se presente sobre la base de más de uno de los supuestos de permiso; pues aunque es cierto que no pueden concederse ambos acumuladamente, sin duda si se piden ambos y la Administración considera que no procede conceder uno debe valorarse la concesión del otro. Así que una petición con ambos motivos marcados es perfectamente válida, y eso es lo que hay que considerar que hizo el interesado sin ninguna duda.

En consecuencia, debemos aceptar este primer punto, y entender que la Administración debió de permitir la petición de ambos permisos y resolver sobre ambos, en caso de que uno de ellos fuera denegado; y al no hacerlo así, es legítimo que el interesado solicite de la Jurisdicción una decisión al respecto. Pues la invocación que hace la sentencia al carácter revisor de la jurisdicción, señalando que no puede entrar en aquello en lo que la Administración no entró no es correcta, pues en lo que no se puede entrar la jurisdicción es en aquello que el interesado no pidió, pero sí en aquello que sí pidió pero al Administración no entró a valorar.

**TERCERO** .- Pues bien, por lo que respecta al permiso por razones humanitarias, el art. 126.3 del Real Decreto 557/2011 prevé como uno de los supuestos de permiso por tales motivos el caso de " *los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo* ". Y será igualmente de interés hacer referencia al informe emitido el 3 de noviembre de 2014, del Jefe del Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga de la Comandancia de la Guardia Civil de Albacete, que acredita que D. Luis Pablo actuó como testigo protegido bajo la identidad NUM002 , ofreciendo información que sirvió de apoyo para la aprehensión de 3.100 grs. de cocaína, 1.200 de anfetaminas, 13.500 de precursores, 72 grs. de hachís y 91 comprimidos de fármacos, en la operación denominada *Guapo* ; y más de un millón de euros, 43 Kg. de cocaína, siete vehículos de alta gama y un laboratorio de gran capacidad, con 13 detenciones, en la denominada operación *Nachabatidora* . El informe añade: " *También se desea hacer constar que a esta Instrucción le consta sobradamente la existencia de graves amenazas contra la vida y la integridad física recibidas por Luis Pablo , extensivas a su esposa, Enma , y sus hijos. Estas amenazas, fruto y consecuencia de la colaboración de esta persona con las Autoridades españolas, se mantienen en el tiempo y son la razón esencial que aconseja, por razones humanitarias, que Luis Pablo y su esposa, Enma , permanezcan como residentes en nuestro país, todo ello salvo superior parecer* ". En la declaración testifical practicada ante la Sala se ha añadido el dato de que la identidad del testigo protegido resultó desvelada por razones que el agente no detalló (el demandante afirma que se trató de un error de la Fiscalía), permitiendo así que el testigo y su familia pudiera ser objeto de las amenazas en cuestión.

Este parece un apoyo de partida más que suficiente, desde luego, sin mayores disquisiciones, para aceptar que concurren las circunstancias precisas para conceder el permiso al que venimos aludiendo, y es difícil imaginar un caso más claro y más acreditado mediante informes explícitos de funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Ni cabe por otro lado imaginar mayor deslealtad del Estado para con quien ha colaborado de forma tan relevante en la desarticulación de una red de narcotráfico que la actitud de desentenderse de su situación administrativa en España, con trabas y problemas incluso a la hora de la presentación del impreso, en lugar de adoptar una actitud de activa asistencia y ayuda en la selección del supuesto adecuado para su protección y la de su familia.

En efecto, todo lo que acabamos de relatar sobre la comprobada colaboración del interesado y el riesgo para su familia enlaza también con la controvertida cuestión de la "casilla marcada" en el documento de solicitud de permiso. Aun en el caso de que no se aceptase la única versión coherente sobre el impreso, que, como hemos dicho, es la del actor, no puede olvidarse que en todos los escritos presentados en el procedimiento administrativo el actor invocó expresamente el permiso por razones humanitarias y apeló directamente a la operación policial a que alude el informe que se ha indicado, con la debida identificación de los intervinientes, funcionarios de la Comandancia de la guardia Civil de Albacete; teniendo en cuenta que la solicitud se dirigía justamente a la Subdelegación del Gobierno de Albacete, con la suma facilidad incluso por proximidad física y administrativa para estar o ponerse al corriente de los detalles de la operación policial y del papel desempeñado por el interesado, parece carente de la mínima diligencia, por no decir cualquier sensibilidad hacia las obligaciones del Estado para con los testigos protegidos -máxime considerando que por

un error su identidad quedó desvelada- el limitarse a hacer oídos sordos a la petición de amparo formulada una vez que el Estado, eso sí, ha sacado provecho de la colaboración del interesado.

El precepto en cuestión, por lo demás, indica que deben reunirse el resto de requisitos para la concesión del permiso de residencia o de residencia y trabajo. A este respecto cabe indicar que ya ha quedado claro que el interesado carece de antecedentes penales. En cuanto a la existencia de un procedimiento de expulsión, que operaría como causa de inadmisión al amparo de la DA 4ª de la LOE, el interesado ha demostrado que la orden de expulsión se encontraba judicialmente suspendida en sus efectos justamente un día antes a la fecha de solicitud ( auto del Juzgado de lo Contencioso nº 27 de Madrid de 9 de abril de 2014 ), con lo cual no puede oponerse como obstáculo; el Abogado del Estado dice que la suspensión es indiferente, pues en cualquier caso seguía dándose la circunstancia de la DA 4ª; pero debe tenerse en cuenta que de dicho auto -y del posterior de fecha 16 de abril- se deriva que la expulsión se basaba en la existencia de una condena penal que resulta que luego fue revocada por el Tribunal Supremo, de modo que es obvio que la causa de expulsión nunca existió.

Por lo demás, no consta ningún otro obstáculo a la posible concesión del permiso, y lo que por el contrario consta con claridad es que el interesado también sería pleno acreedor al permiso del art. 127, que permite la concesión de permiso de residencia a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones relativas a la lucha contra redes organizadas. Si una persona es testigo protegido; su testimonio sirve para efectuar numerosas detenciones y requisas y dismantelar laboratorios; se desvela indebidamente su identidad; y la propia unidad de investigación de los delitos en cuestión informa que por causa de dicha fructífera colaboración y desvelamiento de identidad hay razones de seguridad del colaborador y su esposa que aconsejan que no vuelvan a Colombia, no es imaginable que pueda darse una situación más propicia para la concesión del permiso mencionado; y menos imaginable que la Administración, no ya no le auxilie mínimamente en la elección del supuesto adecuado, sino que le confunda en el impreso y luego haga oídos sordos a su invocación de que estaba pidiendo también permiso por razones humanitarias.

**CUARTO** .- Dicho lo anterior, por lo que respecta al permiso por arraigo social del art. 124.2 del Reglamento, tanto la Administración como el Juez de instancia deniegan la procedencia del permiso porque, atendidos los ingresos del empresario que constan acreditados en el expediente (9.089,62 € según la declaración del IRPF presentada en 2014, relativa al ejercicio 2013), no cabe entender que tenga capacidad económica para el abono del salario, y menos aún si se considera que al mismo tiempo se pretende la contratación de la compañera del solicitante, Dª Enma (cuyo caso se ventila en la apelación 123/2015). Es importante señalar que el Juez expresamente declara probado que el empresario estaba al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

La apelante señala que el Juez acepta una denegación que se basa en presunciones o sospechas y en virtud de requisitos no establecidos taxativamente por la norma.

El alegato según el cual el Juez está reclamando el cumplimiento de requisitos no establecidos por la norma parece remitirnos al criterio discrepante de los Juzgados 1 y 2 de lo Contencioso-administrativo de Albacete en lo tocante a sí, en el caso del permiso extraordinario por razones de arraigo, es necesario o no acreditar la solvencia del empresario en la forma establecida para el permiso de residencia y trabajo ordinario en los arts. 64.3 .e y 66 del Reglamento de Extranjería . Discrepancia que la Juez del Juzgado nº 1 pone expresamente de manifiesto en la sentencia relativa a la compañera del demandante (y madre de tres hijos comunes) y que revisamos simultáneamente a la de autos en el recurso de apelación 123/2015.

En principio podría parecer que el Juez de instancia de la sentencia que revisamos está acudiendo a un marco normativo ( arts. 64 y 69 del Reglamento de Extranjería ) que no es el que corresponde, dado que sistemáticamente se trata de una regulación situada en otro título y dado que el régimen propio (arts. 124.2, 128.6 y 129.1) establece sus propios requisitos (aportación de contrato por un año y alta en la Seguridad Social en un mes), sin exigir nada a este respecto; además de que el régimen de los arts. 64 y 69 se refiere a un permiso solicitado por el empresario, mientras que el permiso por circunstancias extraordinarias lo solicita el trabajador, que puede no tener a su alcance la prueba de la solvencia del empresario.

Dicho lo anterior, no es menos cierto que el art. 129.2 del Reglamento resulta determinante para aceptar la tesis que defiende el Juez de la instancia, aunque con algún matiz como veremos. Como sabemos, los permisos por circunstancias extraordinarias pueden ser de varias clases: por arraigo (art. 124), por razones de protección internacional (art. 125), por razones humanitarias (art. 126) y por colaboración con las autoridades (art. 127). En el de arraigo hay que presentar un contrato de trabajo por un año (art. 124.2) y la concesión del

permiso implica la del permiso de trabajo (art. 129.1). En los demás casos no hace falta presentar contrato y el permiso no implica permiso de trabajo; pero si se desea, el extranjero puede aportar el contrato y de ese modo solicitar a la vez el permiso de trabajo, o bien hacer eso mismo una vez vigente el de residencia (art. 129.2). Pues bien, resulta que para los casos en que el extranjero solicite, junto con el de residencia o durante su vigencia, también el permiso de trabajo, el art. 129.2 sí remite expresamente al cumplimiento del requisito del art.64.3.e. Siendo esto así, realmente carecería de sentido el que en el permiso cuya concesión depende de un contrato de trabajo y que integra dicho contrato de trabajo como esencia y requisito del mismo (el permiso por arraigo) no se exija la debida seriedad en cuanto a la realidad de la contratación por un año, y sí se exija dicho requisito para incorporar al resto de permisos de residencia por circunstancias excepcionales un permiso de trabajo; siendo así que en cualquier caso tanto en un supuesto como en los otros estamos ante permisos pedidos por el trabajador, no por el empresario. Esto carecería de sentido desde un punto de vista sistemático y permite aceptar la posición del Juez de la instancia. Por otro lado, también hay que considerar que si la Administración tiene elementos que permiten afirmar que el contrato es fraudulento, debe poder tenerse en cuenta este extremo, pues la prohibición del fraude de ley es un principio general recogido en el Cc y aplicable en todo caso.

Lo anterior no obstante debe atemperarse con un matiz relativo a la carga de la prueba, en el sentido de que los arts. 64 y 66 del Reglamento se refieren a un permiso que solicita el empresario, y el permiso por circunstancias excepcionales lo solicita sin embargo el trabajador; de modo que no puede simplemente colocarse sobre sus hombros la carga de una prueba (la solvencia del empresario) que no está en su mano aportar, pues obviamente el trabajador carece de acceso a los datos tributarios y patrimoniales de su empleador. De modo que no bastaría con que la Administración espere a que el trabajador aporte los datos sobre solvencia, sino que habrá de ser la Administración la que los obtenga, y la falta de aportación de prueba por el trabajador no puede solventarse sin más a favor de una presunción de insolvencia, sino más bien al contrario, a no ser que la Administración averigüe y demuestre la insolvencia. Por eso la afirmación incondicionada de la sentencia de que la prueba de estos extremos corresponde al trabajador debe ser matizada en el sentido de que el trabajador puede aportar y solicitar las pruebas que entienda oportunas pero que a falta de las mismas la Administración deberá despegar la debida actividad probatoria si quiere demostrar la insolvencia del empresario que, recordémoslo de nuevo, no es en estos caso quien insta el procedimiento.

Pues bien, aclarado todo lo anterior, resulta que el Juez de instancia, como ya vimos, deniega el permiso porque, atendidos los ingresos del empresario que constan acreditados en el expediente (9.089,62 € según la declaración del IRPF presentada en 2014), no cabe entender que tenga capacidad económica para el abono del salario, y menos aún si se considera que al mismo tiempo se pretende la contratación de la compañera del solicitante, y madre de tres hijos comunes, D<sup>a</sup> Enma .

Creemos que en este caso no hay una imputación indebida de la carga probatoria, en su perjuicio, al trabajador (a pesar de que en la sentencia se afirme que la prueba de estos extremos corresponden al trabajador), pues sea como fuere lo cierto es que los datos del empresario han terminado accediendo al expediente y que incluso se ha llevado a cabo, en apelación, la testifical del empresario, en la que la parte fiaba principalmente la acreditación de su solvencia. De modo que no es que haya una falta de prueba que se use en contra del solicitante, sino que hay prueba suficiente sobre los ingresos del empresario que debe ser debidamente valorada.

Pues bien, la valoración de la prueba que se hace en la sentencia de instancia no puede ser compartida. La cantidad que se indica como renta se refiere a todo el ejercicio 2103, pero en la documentación aportada se indicó que la actividad empresarial del Sr. Erasmo se inició en noviembre, lo que se confirma porque en esa fecha consta el alta en el régimen de Seguridad Social y, además, consta un IVA declarado en el cuarto trimestre de 2013 de 7.190,40 € de base imponible, con una cuota de 1.509,98 € que, una vez aplicado el IVA soportado, queda en 1.061,04 € a ingresar. Así, la mera mención a los ingresos declarados en 2013, cuando la actividad empresarial se inició en noviembre de 2013, no dice nada en contra de la suficiencia de la misma, si no se discriminan los ingresos obtenidos antes y después del inicio de la actividad; y desde luego la declaración del IVA del cuarto trimestre más bien apunta en la dirección contraria a la que acoge la sentencia de instancia y hace bien creíbles las declaraciones sobre ingresos que el Sr. Erasmo realizó en la testifical efectuada ante la Sala.

A la vista de lo anterior, resulta claro que procede también estimar el recurso contencioso-administrativo en cuanto al permiso de residencia por arraigo.

**QUINTO** .- Así las cosas, ya dijimos que es posible solicitar a la vez permiso por dos razones, pero que tal solicitud ha de considerarse obviamente con una relación de alternancia o subsidiariedad entre las dos



peticiones. Siendo así, se reconocerá el derecho al permiso por circunstancias extraordinarias por arraigo, pues es el que implica al mismo tiempo una autorización para trabajar (art. 129.1 del Reglamento) pero dejando dicho, con valor de declaración ejecutable en ejecución de sentencia, que el interesado también reúne los requisitos para el permiso de residencia extraordinario por razones humanitarias en caso de que alguna circunstancia (por ejemplo relativa a la vigencia actual de la oferta de trabajo) dificultase el primer permiso.

**SEXTO** .- Procede por tanto la íntegra estimación del recurso de apelación y del recurso contencioso-administrativo. En cuanto a las costas, no se imponen las de la apelación, y se imponen a la Administración del Estado las de la instancia ( art. 139 Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa ).

Vistos los preceptos de aplicación,

## FALLAMOS

1.- Estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia apelada.

2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Luis Pablo .

3.- Anulamos la resolución de 26 de junio de 2014, de la Subdelegación del Gobierno en Albacete, por la que se denegó la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales a por D. Luis Pablo (NIE NUM000 y pasaporte colombiano NUM001 ), y la resolución de 4 de septiembre de 2014 por la que se desestimó el recurso de reposición contra la anterior.

4.- Reconocemos el derecho de D. Luis Pablo (NIE NUM000 y pasaporte colombiano NUM001 ) a la obtención del permiso de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de arraigo que solicitó, reconociendo que subsidiariamente debería serle concedido en cualquier caso permiso de residencia por circunstancias excepcionales por razones humanitarias.

5.- No hacemos imposición de costas de la apelación.

6.- Imponemos las costas de la primera instancia a la Administración General del Estado.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Loza no Ibáñez, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a cinco de febrero de dos mil dieciséis.