

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla
P. A. nº 484/12 - 2

SENTENCIA nº 448/13

En Sevilla, a 19 de noviembre de 2013, Julia Ruiz del Portal Lázaro , Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, ha visto y examinado los autos referenciados, seguidos a instancia de _____, asistido por el Letrado Don Antonio María García Jiménez contra la Resolución de 17 de octubre de 2.012 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la denegación de la solicitud e autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales . Cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Formalizada demanda con todos los requisitos legales se citó a las partes a la vista oral (art. 78 LJCA).

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, el actor solicitó la anulación de la Resolución recurrida. Por la Administración demandada se contestó solicitando la desestimación de la demanda por considerarse ajustada a Derecho la resolución recurrida. Practicada la prueba propuesta, se declaró el pleito concluso para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 17/10/12 dictada por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la desestimación de la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales .

Los motivos de denegación se resumen en:

- 1.- insuficiencia económica del empleador.
- 2.- existencia de deudas de empleadora con la AEAT y ante la Seguridad Social .
- 3.- la existencia de una orden de expulsión no ejecutada contra el interesado .

SEGUNDO.- La resolución denegatoria concluye que no dándose los requisitos exigidos para la concesión de autorización de residencia por circunstancias excepcionales tampoco procede la revocación de la orden de expulsión .

Dicha resolución cita la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero , sobre la inadmisión a trámite de las solicitudes en los siguientes casos d) Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa salvo que, en este último caso, la orden de expulsión hubiera sido revocada o se hallase en uno de los supuestos regulados por los artículos 31 bis, 59, 59 bis o 68.3 de esta ley. e) Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.

En el caso que nos ocupa, nos interesa destacar el contenido del artículo 68.3 de la LOEX que dispone : "Con carácter previo a la concesión de autorizaciones por arraigo, las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos, emitirán un informe sobre la integración social del extranjero cuyo domicilio habitual se encuentre en su territorio. Reglamentariamente se determinarán los contenidos de dicho informe. En todo caso, el informe tendrá en cuenta el periodo de permanencia, la posibilidad de contar con vivienda y medios de vida, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. "

Pues bien en el caso que nos ocupa consta a los folios 30 y 31 Informe de Inserción Favorable emitido por el Ayuntamiento de Sevilla , a lo que ha de unirse los criterios del propio Ministerio de Trabajo e Inmigración contenidos en oficio aportado por el recurrente en el acto de la vista en el que se recomienda con base a criterios de oportunidad la revocación de resoluciones de expulsión cuando se considere que procede la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales , sin que ello suponga cuestionar la validez del acto administrativo , sino que se basa en apreciación de circunstancias no existentes o no conocidas en el momento en que fue adoptado .

Es por ello por lo que la existencia de una orden de expulsión no es causa por sola suficiente para denegar la solicitud de autorización de residencia temporal por arraigo social por lo que procede analizar el cumplimiento del resto de los requisitos teniendo en cuenta la solicitud formulada al amparo del artículo 124.2 b) .

Entiende la Administración que los incumplimientos por parte del empleador con la Seguridad Social y la AEAT , y la escasa solvencia económica para garantizar la contratación , avalan la denegación del permiso de residencia al no cumplirse los requisitos .

Ahora bien en relación con esta cuestión ha teniendo oportunidad de pronunciarse la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA con sede en Sevilla , concretamente la Sección 3ª, en una reciente sentencia de 31 de octubre de 2.013 en cuyo fundamento tercero y a propósito de un tema similar al que nos ocupa viene a decir : "Ciertamente el artículo 50 apartado c) dice que para" la concesión de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena será necesario acreditar, en cada caso, los requisitos que se establecen en este artículo relativos al ámbito de la residencia y laboral, respectivamente. "será necesario "c) 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."

La sentencia de este Tribunal Superior de Andalucía de Andalucía (sede Granada) de 10-6-2013 , rec. 1220/2012, con criterio compartido por esta Sala, no considera exigible este requisito al caso que nos ocupa por cuanto : " ... 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 trasladársele 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.

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 art.45.2 EDL 2004/184566 art.45.b EDL 2004/184566 (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)".

Teniendo en cuenta lo anterior vemos como el artículo 124.2 del ROEX dispone en el apartado b) que será requisito "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:

- 1.º 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.
- 2.º

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.”

Dicho lo anterior debemos rechazar los argumentos del Abogado del Estado dando por reproducido el contenido de la sentencia citada , sin que sean exigibles los requisitos establecidos para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial , ya que la solicitud formulada lo fue de residencia por circunstancias excepcionales , arraigo social .

En consecuencia, procede la desestimación de la demanda.

TERCERO .- No se aprecian circunstancias suficientes para hacer un especial pronunciamiento en costas (art. 139 de la Ley Jurisdiccional).

Vistos los artículos de aplicación al caso.

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso interpuesto por la representación procesal de _____ , contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 17/10/12 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la denegación de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales , por no resultar ajustada a Derecho , debiendo la Administración conceder la autorización de residencia por circunstancias excepcionales .

Todo ello sin hacer pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese con la indicación de que esta sentencia no es firme pudiendo interponerse contra la misma recurso de apelación en este Juzgado en el plazo de quince días para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Dada , leída y publicada lo fue la anterior resolución dictada por la Magistrado – Juez que la suscribe . Doy fe .-