

10/11/2014

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 14 DE SEVILLA**

C/ VERMONDO RESTA, EDIFICIO VIAPOL, 5ª PLANTA, SEVILLA  
Tel.: 955043418/20/21 Fax: 955043419

N.I.G.: 4109145020120006801

Procedimiento: Procedimiento abreviado /2012. Negociado: 1A

Recurrente:

Letrado: ANTONIO MARIA GARCIA JIMENEZ

Procurador:

Demandado/os: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN SEVILLA

Representante: ABOGADO DEL ESTADO

Letrados: ABOGADO DEL ESTADO

Ato recurrido: RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN SEVILLA DE FECHA 20 DE SEPTIEMBRE DE 2012 EN EL EXPEDIENTE N° 4100201000

**SENTENCIA N° 370/2013**

En SEVILLA, a veinte de diciembre de dos mil trece

La Sra. Dña. MARIA JESUS NOMBELA DE LARA, MAGISTRADO JUEZ del JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 14 DE SEVILLA, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el Recurso Contencioso-administrativo registrado con el número /2012 y seguido por el procedimiento Procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN SEVILLA DE FECHA 20 DE SEPTIEMBRE DE 2012 EN EL EXPEDIENTE N° 4100201000.

Son partes en dicho recurso: como recurrente D. , representado y dirigido por el Letrado D. ANTONIO MARIA GARCIA JIMENEZ; como demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN SEVILLA, representado y dirigido a por el ABOGADO DEL ESTADO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el presente recurso en el plazo prefijado en la Ley Jurisdiccional se le dio el trámite procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo y señalándose día para la celebración del juicio.

**SEGUNDO.-** Recibido el expediente administrativo se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que durante el acto del juicio pudiera realizar alegaciones, como así ha hecho en el acto del plenario, que ha tenido lugar con el resultado que obra en el CD grabado al efecto, que queda unido a las actuaciones, habiendo comparecido la parte recurrente, así como la Administración demandada.

**TERCERO.-** La parte actora en el acto del juicio se afirmó y ratificó en su demanda. El Letrado de la Administración demandada contestó afirmando la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado y oponiéndose a la estimación del recurso. Practicada la prueba, expusieron los Letrados sus conclusiones quedando los autos a la vista para sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 20 de septiembre de 2012 que desestima el recurso de reposición frente a la dictada con fecha 2 de marzo de 2012 por la que se acuerda denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (arraigo social) presentada por el recurrente.

La resolución originariamente impugnada deniega el permiso por dos causas:

- a) Por concurrir causa de inadmisión a trámite, por constar una orden de expulsión contra el interesado, con prohibición de entrada en España, que continua vigente.
- b) Por no garantizar la empresa la continuidad laboral

**SEGUNDO.-** En primer lugar, cita expresamente la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la cual dice lo siguiente:

*Disposición adicional cuarta Inadmisión a trámite de solicitudes*

*1. La autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta ley, en los siguientes supuestos:*

*.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.*

Hay que partir de la premisa de que el ciudadano del Senegal recurrente formula una solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (por



arraigo social), adjuntando informe municipal de inserción social del Ayuntamiento de Sevilla favorable, certificado de empadronamiento, oferta de trabajo y otros documentos en relación al empresario, y certificado de carencia de antecedentes penales, entre otros documentos.

En el informe positivo de arraigo consta que el demandante lleva en el municipio más de cuatro años, estando empadronado desde el 5 de noviembre de 2007. Sus ingresos económicos proceden de la venta ambulante, contando ahora compromiso de contratación firmado por empleador, vive en una vivienda alquilada que comparte con otros tres inmigrantes y por la que paga 450 euros al mes, ha asistido a programas educativos o de formación laboral y carece de antecedentes penales o policiales.

Por otra parte, no es objeto de discusión la situación irregular en nuestro país de la que parte el solicitante y, asimismo, también resulta acreditada la realidad de un previo procedimiento de expulsión finalizado por resolución de 27.02.08 decretando su expulsión con prohibición de entrada por diez años, aportada al ramo de prueba de la Administración demandada.

**TERCERO.-** Dicho lo anterior, ha de considerarse la actual redacción dada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, transcrita en el Fundamento de Derecho anterior, en concreto cuando se hace la salvedad de "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."

Por su parte, el referido artículo 68, sobre Coordinación de las Administraciones Públicas, en su apartado 3, dice que "3. 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."

De este modo, acreditada la permanencia en España durante el plazo legalmente exigido, y la concurrencia de las circunstancias de arraigo expresadas en el informe de

inserción social, no procede la admisión a trámite solo por el motivo de la existencia de un orden de expulsión vigente, sino que debe resolverse sobre la concurrencia o no de los requisitos exigibles para el otorgamiento del permiso solicitado. El propio Ministerio de Trabajo e Inmigración recomienda con base a criterios de oportunidad la revocación de resoluciones de expulsión cuando 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 la apreciación de circunstancias no conocidas o no existentes al momento en el que fue adoptado.

Por ello la existencia de una orden de expulsión no es suficiente para denegar el permiso solicitado, 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) del Reglamento de Extranjería.

**CUARTO.-** El segundo motivo por el que se le denegó la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales (arraigo social), es por aportar un contrato de trabajo para una empresa que no garantiza la actividad laboral continuada del solicitante durante toda la vigencia de la autorización para residir y trabajar.

Se reseña en la resolución impugnada un informe emitido por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, que se aporta por el Letrado de la Administración demandada como ampliación del expediente, y que concluye que la empresa no garantiza la continuidad laboral porque su actividad no se extiende durante todos los meses del año ya que se trata de una actividad de carácter estacional y porque, asimismo, en el informe se refleja que no todos los trabajadores que aparecen de alta se encuentran verdaderamente prestando servicios en la empresa, de lo cual se informa a la autoridad competente por si dicha situación pudiera ser constitutiva de delito.

El extranjero recurrente considera que con ello se le está exigiendo una prueba y el cumplimiento de unos requisitos que a el no compete, pues la norma, art. 124 b) de RE, en este punto solo le exige que cuente con un contrato firmado de plazo no inferior a un año. Las circunstancias de solvencia de la empresa son ajenas al trabajador y no puede pedírsele su acreditación.

Ha de admitirse este razonamiento. Y así ha sido resultado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Granada, en sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 2013 que, por su interés, reproducimos a continuación:

"TERCERO.- La Sala tiene que advertir, en primer lugar, que yerra el Abogado del Estado cuando, para fundar el recurso de apelación, hace referencia a que la empresa no garantiza una actividad continuada durante la vigencia de la autorización solicitada, pues tal aseveración 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 puede trasladársele carga probatoria alguna dispuesta por la norma para otros supuestos y para otras personas, como son las impuestas al empleador o empresario respecto de la acreditación de 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" para conseguir a favor del extranjero la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

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 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.



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 averado 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<sup>a</sup> 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".

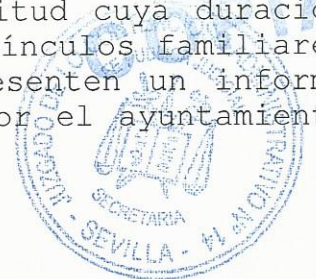
A idéntica conclusión llegamos en las sentencias de esta Sección 952/2012, de 12 de marzo de 2012, y 2198/2012, de 16 de julio de 2012, dictadas, respectivamente, en los rollos de apelación 1184/2008 y 128/2009, en cuyos fundamentos jurídicos tercero declaramos lo siguiente:

"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 art.45apa.2 EDL 2004/184566 art.45apa.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)".

CUARTO.- 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".





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 57 a 96); 2) Certificado negativo de antecedentes penales (folios 5 y 6); 3) Contrato de trabajo (folio 7); y 4) Informe de inserción social (folios 97 a 99).

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

Dichas consideraciones jurisprudenciales son aplicables al caso de autos, y teniendo en cuenta que la solicitud se presenta al amparo de lo dispuesto en el art. 124 b) del Reglamento de Extranjería, no pueden exigirse más requisitos que los que allí se ennumeran, ni trasladarse sobre el extranjero recurrente la carga probatoria de la solvencia de la empresa, lo que conduce a la estimación de la demanda.

**QUINTO.**- Estimada la demanda procede la imposición de costas a la Administración demandada (art. 139 de la Ley Jurisdiccional).

Vistos los artículos de aplicación al caso.

#### F A L L O

Que debo estimar y estimo el recurso interpuesto por la representación procesal de D. \_\_\_\_\_ contra la Resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 20 de septiembre de 2012 que desestima el recurso de reposición frente a la dictada con fecha 2 de marzo de 2012, al apreciarse la infracción del ordenamiento jurídico denunciada y, en consecuencia la anulo, acordando en su lugar el derecho del demandante a la residencia temporal por circunstancias excepcionales solicitada. Todo ello con imposición de costas a la Administración demandada.

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.

Para la admisión del recurso deberá acreditarse la constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de BANESTO nº 4784000085048112 debiendo indicar en el apartado "concepto" del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación, seguido del código "22", de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional decimoquinta de la L.O

6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

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

**PUBLICACION.-** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo.Sra. MAGISTRADO JUEZ que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

*“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”*

