



Roj: **STSJ AND 1282/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:1282**

Id Cendoj: **18087330012018100011**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2018**

Nº de Recurso: **509/2017**

Nº de Resolución: **154/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **CRISTINA JUANA PEREZ-PIAYA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 1282/2018,**  
**AATSJ AND 88/2018**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**AUTOS DE RECURSO DE APELACIÓN**

**ROLLO NÚMERO 509/2017**

**JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: Nº 1 DE GRANADA**

**SENTENCIA NUM. 154 DE 2018**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**Don Jesús Rivera Fernández**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**Don Miguel Pardo Castillo**

**Doña Cristina Pérez Piaya Moreno**

---

En la ciudad de Granada, a treinta de enero de dos mil dieciocho.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se han tramitado los autos del **recurso de apelación número 509/2017**, dimanante del procedimiento abreviado nº 546/2016, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Granada, a instancia de la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GRANADA**, en calidad de apelante, asistida por el Sr. abogado del Estado. Es parte demandada **doña Jenaro**, que comparece en calidad de apelado, representada por la procuradora doña M<sup>a</sup> José García Carrasco y asistida por la letrada doña Gloria Gámez Vargas.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El recurso de apelación dimana de los autos del procedimiento abreviado 546/2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada, que tienen por objeto la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Granada de 10 de agosto de 2016 que desestima el recurso de reposición formulado frente la resolución que deniega la solicitud de permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación se interpuso contra la sentencia de 13 de marzo de 2017 que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución antes identificada, la anula y condena a la Administración demandada a conceder a la recurrente la autorización de residencia solicitada.



**TERCERO.-** Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó los autos para su resolución por esta Sala. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

Visto, habiendo actuado como Magistrada ponente la Ilma. Sra. Doña Cristina Pérez Piaya Moreno.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constituye el objeto del presente recurso de apelación la sentencia de 13 de marzo de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Granada de 10 de agosto de 2016 que confirmaba el acto que había denegado la solicitud de permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Esta sentencia anula el acto impugnado y condena a la Administración demandada a conceder a la recurrente la autorización de residencia.

La sentencia apelada considera que el motivo referente a la insuficiencia de medios económicos del empresario que suscribe el contrato aportado por la solicitante no puede utilizarse para fundamentar la denegación del permiso por cuanto el artículo 64.3 e) del vigente Reglamento de Extranjería no resulta de aplicación al supuesto de autos. Se indica en este pronunciamiento que éste es el criterio seguido de forma unánime por esta Sala desde el acuerdo del Pleno de 14 de diciembre de 2016.

**SEGUNDO.-** La Administración apelante funda su recurso frente a la sentencia de instancia, en esencia, en que la idea de que la exigencia de aportar un contrato de trabajo no puede constituir un requisito meramente formal, sino que ha de acreditarse su viabilidad, debiendo tenerse en cuenta la capacidad económica del empleador para garantizar la continuidad de la actividad del trabajador extranjero. Defiende su tesis con base en distintos argumentos como que estamos ante una autorización de residencia que lleva aparejada la autorización de trabajo, que es la única autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que exige la presentación de un contrato de trabajo por un año, que una interpretación sistemática del artículo 129 del Real Decreto 557/2011 lleva a la conclusión de que ha de cumplirse con tal requisitos, que de la propia regulación del arraigo social se deduce que es precisa la capacidad económica del empresario, que uno de los principios de la política inmigratoria es la situación nacional de empleo y que la lucha contra el fraude de ley permite la denegación del permiso en caso de sospecha fundada sobre la falsedad del contrato.

La parte apelada replica aduciendo que la sentencia apelada es ajustada a derecho, y que no se pueden exigir los mismos requisitos tanto para la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo como para la autorización de residencia temporal y trabajo, pues se trata de dos tipos de autorización distintos, con exigencias diferentes, según el texto reglamentario.

**TERCERO.-** En cuanto al requisito exigido por la Administración referente a los medios económicos, materiales y personales de los que dispone el empleador que suscribe el contrato aportado, esta Sala y Sección viene manteniendo una doctrina diversa a la mantenida por la defensa de la misma.

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 Sala arbitró para casos idénticos al sometido ahora a nuestro enjuiciamiento. Así, la sentencia de la Sección Cuarta 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 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<sup>a</sup> María Esther 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 la citada 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, o la más reciente de 2227/2016, de 19 de septiembre de 2016, en las que 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 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), 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 deresidencia 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 podían 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".*

Pues bien, aparte de que la Administración no cuestionó el cumplimiento de los restantes requisitos en la resolución del recurso de reposición formulado frente a la denegación, del examen del expediente administrativo se deduce que el interesado aportó los documentos acreditativos de los mismos: Pruebas de estancia, certificados que acreditan que los antecedentes penales eran cancelables, contrato de trabajo e informe de arraigo del Ayuntamiento de Almería.

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida.

**CUARTO.-** Procede imponer las costas causadas en esta instancia a la Administración apelante de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, si bien quedan limitadas, por lo que se refiere a gastos de asistencia letrada y en uso de la posibilidad que otorga el apartado 4 del mismo precepto, a la cantidad de 1.000 euros.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

**Desestimar** el recurso de apelación interpuesto por la Subdelegación del Gobierno en Granada contra la sentencia de 13 de marzo de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Granada, que se confirma por ser ajustada a derecho.

Imponer las costas causadas en esta instancia a la parte apelante en los términos indicados en el último fundamento de derecho.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y una vez firme, 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 Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso



o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA . El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA . En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 2069000024050917, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre , salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO