

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1409/2009

DE APELACIÓN.LEY 98

SENTENCIA NUMERO 800

PRESIDENTE

D. Alfredo Roldán Herrero

MAGISTRADOS:

D. Francisco Javier Caníbal Conejos

D. José Arturo Fernández García

D. José Félix Martín Corredera

D^a María Luaces Díaz de Noriega.

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil diez

— La Sección PRIMERA de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación interpuesto por _____ contra la Sentencia dictada en fecha 4 de junio de 2009, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 17, en el recurso contencioso administrativo número 841/2006.

Han sido partes en el recurso de apelación:

Como apelante _____, representado y dirigido por la letrada _____

Y como apelada la Administración General del Estado, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el magistrado _____, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número [redacted] dictó sentencia desestimatoria. Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de [redacted] se interpuso recurso de apelación, el cual, una vez admitido y tramitado conforme a las prescripciones legales se ha señalado para la votación y fallo el día 23 de septiembre de 2010, fecha en la que se ha llevado a cabo el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Es objeto de la presente alzada interpuesta por [redacted] la sentencia de 4 de junio de 2009, dictada por la Magistrada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número [redacted] de Madrid, en el procedimiento número 841/2006, deducido por [redacted] contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 8 de agosto de 2006, dando respuesta a la solicitud de autorización de residencia deducida por el recurrente en su condición de menor tutelado, en la que implícitamente se denegaba la solicitud porque cumplía 18 años al día siguiente de su presentación, por lo que no existiría tiempo material para la tramitación y disfrute de la autorización.

La magistrada del Juzgado desestimó el recurso al entender que la resolución dictada era ajustada a derecho ya que la solicitud había sido presentada escasas horas antes de que el recurrente alcanzase la mayoría de edad por lo que no procedía concederle la autorización de residencia y no solo por no ser menor, sino porque – además -no habían transcurrido los nueve meses que exige el art. 92.5 del Reglamento de Extranjería para intentar su repatriación, lo que resultaría porque en el pasaporte del recurrente figura como fecha de su expedición el 19 de noviembre de 2004.

Frente a lo anterior, se razona en el recurso de apelación que el menor, nacido el 6 de octubre de 1987, estuvo tutelado por espacio de 12 de meses a virtud de resolución de urgencia de la Vocal Comisionada de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, de 10 de enero de 2005, quejándose de que no se hayan tenido en cuenta los documentos aportados en el acto de la vista que acreditarían el



tiempo que llevaba tutelado y, por consiguiente, la Administración Tutelante, en este caso, el Instituto Madrileño del Menor, debió solicitar la autorización de residencia, como exige el art. 92.5 del Reglamento de Extranjería, habiéndose vulnerado igualmente, por esa razón, el art. 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000 al establecer que a instancia del organismo que ejerza la tutela **y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen**, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

SEGUNDO.- Para abordar los términos del debate conviene recordar las coordenadas normativas que resultan de aplicación. En primer lugar, antes de ser reformado por la L.O. 2/2009, el art. 35.4 de la L.O. 4/2000 tras afirmar que se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública, establecía que a instancia del organismo que ejerza la tutela **y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen**, se le otorgará una autorización de residencia, **cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.**

Por su parte, el art. 92. 5 del Reglamento dispone que **transcurridos nueve meses** desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, de acuerdo con el apartado 2, **y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen**, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el art. 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

De dicha regulación resulta que ha de ser el organismo que ejerce la tutela al que corresponde instar de la Delegación o Subdelegación del Gobierno el otorgamiento del permiso de residencia al menor, aunque a decir verdad no se determina el momento en que habrá de iniciarse el procedimiento. Se exige – eso sí – que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno del menor con su familia o al país de origen y el art. 92.5 párrafo 1 del Reglamento establece un plazo de nueve meses, desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, para otorgar al menor la autorización de residencia.



Esta deficiencia respecto al inicio del procedimiento para instar la residencia de la que hemos dejado notar, fue objeto de atención en el informe de 2004 del Defensor del Pueblo (pp. 425 a 427), al señalar, refiriéndose al "inicio de los trámites» de autorización de la residencia, que "resulta especialmente grave en aquellos casos en los cuales los menores se encuentran muy cercanos a la mayoría de edad, los cuales, a veces por unos días, pueden quedar en una situación extremadamente precaria como consecuencia de dos factores que confluyen: el primero de ellos, que la entidad de protección no haya instado su documentación en la fecha adecuada y, en consecuencia, no haya habido tiempo de expedir la oportuna autorización de residencia.

En el caso que nos ocupa, a pesar de los constantes equívocos sobre las fechas comprometidas en el estudio del asunto, ha de notarse que fue el propio quien solicitó el permiso de residencia el 5-10-2005, un día antes de cumplir 18 años y llevaba declarado en situación de desamparo y tutelado desde la resolución de **10 de enero de 2005** de la Vocal Comisionada de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, confirmada por la Comisión de tutela del Menor en resolución de 18 de enero de 2005. Es más, había sido puesto a disposición de los Servicios de Acogida el **16 de diciembre de 2004**, en que el letrado presentó a al grupo de Menor de la Jefatura Superior de Policía de Madrid, porque el menor había acudido a la asociación al encontrarse en situación de desamparo. Ha de notarse igualmente que la Comisión mediante escrito de 21 de febrero de 2005 propuso a la Delegación del Gobierno en Madrid que iniciase el procedimiento de repatriación, que fue acordada por resolución del Delegado del Gobierno en Madrid de 6 de abril de 2005 (folio 50 del expediente remitido).

TERCERO.- Dicho lo anterior, el problema exige que interpretemos el art. 92.5 del REX, cuyo enunciado es el siguiente «Transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores (...), y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero».

Pues bien, el transcurso del plazo de nueve meses a que se refiere para otorgar la autorización de residencia, a contar desde que el menor haya sido puesto a



disposición de los servicios competentes (aquí el 16 de diciembre de 2004) no puede carecer de sentido y, desde luego, no está ordenado a que la Administración de tutela espere a su transcurso para instar el permiso. En nuestra opinión, ese plazo ha de ser puesto en relación, por razones sistemáticas, con el número 4 precedente, que se refiere al procedimiento de repatriación. De manera que si la repatriación no es acordada o no se consuma en ese periodo temporal (sin perjuicio de la posibilidad de repatriación posterior a la autorización de residencia a que se refiere el propio art. 92.5), ha de ser concedida la autorización de residencia. Frente a esta interpretación no alcanzamos otras alternativas que se cohonesten con la exigencia de facilitar a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación que impone el art. 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuando la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública se considera regular a todos los efectos. Eso por un lado. Por otro, el número 4 del art. 92 no contiene el plazo para decidir sobre la repatriación, que una vez acordada puede ser llevada a cabo incluso con posterioridad a la autorización de residencia. Es del número 5 del que resulta ese plazo aunque vinculado a la circunstancia de que no hubiera sido posible llevar a cabo la repatriación. Presupone el número 5 del art. 92, por tanto, que la repatriación ha sido acordada y además que se ha intentado llevarla a cabo y rebasado el plazo ha de documentarse con la pertinente autorización de residencia al menor.

El rendimiento que ofrece la interpretación del art. 92.5 del REX y las fechas a considerar conducen a entender que procedía otorgar la autorización de residencia a don Damoah Mateo una vez transcurrido el plazo de 9 meses a contar desde el 16 de diciembre de 2004.

Ahora bien, llegados a este punto se suscita el problema de que según el art. 35 de la LO 4/2000 la autorización de residencia, en los casos de menores, se otorga a instancias del organismo que ejerce la tutela. Ocurre, sin embargo, que cuando la Administración de tutela deja transcurrir ese plazo de 9 meses establecido en el REX sin instar la autorización de residencia, el interés superior del menor, que constituye un principio de orden público, impone reconocerle el derecho a instar él mismo la solicitud, como igualmente se le reconoce la legitimación para actuar ante la Administración o postulando el auxilio jurisdiccional en defensa de sus intereses sin necesidad de la asistencia de la persona que ejerce la patria potestad o incluso contra la voluntad de sus representantes legales (vid. art. 30 de la LRJ-PAC, 18 de la LJCA y Ss TC 183/2008 y 184/2008, de 22 de diciembre de 2008). Cabe citar igualmente en apoyo de esta tesis el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que reconoce el derecho de los menores a ser oídos

en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social y el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que "[l]os niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez".

Por lo demás, que alcanzase la mayoría de edad al siguiente día de presentar la solicitud no es razón suficiente para no tramitarla – como tampoco cuando se alcanza la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento – porque el artículo 35 de la Ley Orgánica establece que los efectos de la autorización de residencia se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores, lo cual tiene el sentido de evitar el problema, puesto de relieve en el informe del Defensor del Pueblo de 2004, de que el menor quede en una situación extremadamente precaria cuando no ha habido tiempo para expedir la oportuna autorización de residencia, debiendo entenderse, por tanto, que el momento que determina la validez de la situación de minoría de edad que otorga el derecho a la documentación es la solicitud del permiso de residencia previsto en el artículo 35 Ley Orgánica.

CUARTO.- Por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y con revocación de la sentencia apelada, estimar el recurso contencioso interpuesto y anulando la resolución recurrida por no ser conforma al ordenamiento jurídico declaramos el derecho de [redacted] a que le sea autorizada la residencia a que se refiere el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sin hacer imposición de costas en ninguna de las instancias.

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por [redacted] contra la sentencia de 4 de junio de 2009, dictada por la magistrada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 17, en el procedimiento número [redacted], y con



revocación de la sentencia estimamos el recurso contencioso administrativo deducido por [redacted] contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 8 de agosto de 2006, anulando la resolución recurrida por no ser conforma al ordenamiento jurídico y declarando el derecho de [redacted] a que le sea autorizada la residencia a que se refiere el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sin hacer imposición de costas en ninguna de las instancias.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

