

Roj: STSJ AND 9930/2010
Id Cendoj: 18087330012010100911
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Granada
Sección: 1
Nº de Recurso: 1277/2008
Nº de Resolución: 2021/2010
Procedimiento: CONTENCIOSO - APELACION
Ponente: MARIA LUISA MARTIN MORALES
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SEDE EN GRANADA

SECCION PRIMERA

ROLLO Nº 1277/08

SENTENCIA Nº 2021 DE 2.010

Ilmo Sr. Presidente:

D. Rafael Puya Jiménez

Ilmos Srs. Magistrados:

D. Juan Manuel Cívico García

Dña. Mª Luisa Martín Morales

Granada, a trece de diciembre de dos mil diez.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se

ha tramitado el recurso de apelación número 1277/08 dimanante del procedimiento núm. 4/08 seguido ante el Juzgado de lo

Contencioso-Administrativo número 2 de los de Jaén, siendo parte apelante la Subdelegación del Gobierno, representado por el

Abogado del Estado; y parte apelada D. Aquilino , en cuya representación y defensa interviene la abogada Dña. Brígida

María Benítez Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó sentencia en fecha 30-4-08 , interponiéndose frente a dicha resolución recurso de apelación dentro de plazo.

SEGUNDO.- Tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de 15 días formularan su oposición al mismo, presentándose por la parte apelada el escrito de impugnación de dicho recurso.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó Ponente, y al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales; siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. M^a Luisa Martín Morales, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la sentencia de fecha 30-4-08, dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Jaén , por la que se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente frente a resolución de 12-12-07 de la Subdelegación del Gobierno de Jaén por la que se resolvió archivar por desistimiento la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo del recurrente en aplicación del *art. 45.2 c) RD 2393/04* .

SEGUNDO.- La parte apelante fundamenta su recurso en líneas generales en los siguientes argumentos:

1º.- El Juzgador de instancia yerra al no reconocer la vigencia de la doctrina de la Dirección General de Notariado y Registros que establece que para que una persona nacida en el Sáhara Occidental antes de la entrada en vigor de la *Ley 40/75* de descolonización del Sáhara, pueda ser considerada española, sino optó en su momento por la nacionalidad según *Decreto 2258/76* (sobre opción de la nacionalidad española), es necesario que haya consolidado la nacionalidad española conforme el *art. 18 CC* .

2º.- La consolidación de la nacionalidad española podrá acreditarse por medio de sentencia judicial o mediante expediente con valor de presunción, según *art. 96.2 LRC* .

Frente a ello la representación jurídica de la parte apelada se opone, esgrimiendo en líneas generales, que la resolución judicial es ajustada a derecho.

TERCERO.- El objeto del recurso contencioso administrativo es la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno de Jaén por la que se acuerda el archivo del expediente administrativo tramitado para solventar la petición de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, al entender que al no presentar toda la documentación solicitada por la citada Administración Periférica del Estado, se había producido de facto la desestimación de la referida petición por el recurrente.

A pesar de ser este el contenido de la resolución impugnada, el juzgador de instancia entra en el fondo del asunto debatido, para determinar que con la presentación del DNI de los padres del recurrente ya se probaba la nacionalidad española de los mismos, y por tanto, la procedencia de otorgar al recurrente el permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales, de acuerdo con el *art. 45.2 c) del RD 2393/04* . Y en relación a esta consideración sobre el fondo, la Subdelegación del Gobierno interpone el recurso de apelación, entendiéndose que la nacionalidad de la madre del recurrente no se había probado por los medios propios exigidos legalmente, circunscritos al reconocimiento de tal nacionalidad por sentencia firme o por expediente gubernativo, y a su inscripción en el Registro Civil. Frente a ello, la parte apelada alega que la nacionalidad de los padres del recurrente se encuentra probada con el DNI español expedido a favor de ellos, que nacieron, ambos, en territorio saharauí en 1929, cuando el Sáhara era una provincia de España.

En principio el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa determinaría que sólo puede solventarse en el presente recurso judicial lo relativo a si fue ajustado a derecho o no la resolución recurrida referente al archivo de la solicitud de permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales; y de estimarse contraria a derecho, procedería la retroacción a las actuaciones administrativas para que fuera la Administración Pública la que procediese a completar la tramitación del expediente administrativo y resolver en el fondo la cuestión debatida sobre si procedía o no el otorgamiento de la autorización de permiso de residencia instado, resolución que sería susceptible de impugnación judicial.

Sin embargo, por razones de economía procesal la Sala considera oportuno proceder a analizar el

fondo del asunto debatido, esto es, a analizar si es ajustado a derecho el fallo de la sentencia apelado que declara el derecho del recurrente a obtener el permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales en aplicación del *art. 45. 2 c) del D 2393/04*, ya que, si bien lo resuelto es el archivo del expediente administrativo en cuestión, la falta de aportación por el recurrente de la documentación exigida, *ex art. 71.1 Ley 30/92* (en concreto, la certificación literal del Registro Civil Central en el que figure la anotación de la sentencia o el expediente favorable en virtud del cual se reconoce la nacionalidad española de origen del padre y/o madre), conllevaría por la Administración a una resolución desfavorable, en atención a que la propia Administración considera que sólo con estos documentos se puede probar la nacionalidad española de la madre del recurrente. Sería un contrasentido que se ordenara retrotraer las actuaciones para que la Administración Pública continúe la tramitación del expediente y tras dictar la resolución final se de la posibilidad de interponer otro recurso contencioso administrativo, porque de lo obrante en el expediente administrativo, la administración procederá a denegar la solicitud formulada en relación al permiso de residencia temporal por no acreditar el recurrente, con los documentos por ella exigidos y ya concretados, la nacionalidad española de su madre. E incluso, se llega a considerar, atendida la documentación obrante en el expediente, que lo que parece que pretendió la Administración Pública fue denegar el permiso más que archivar el expediente administrativo.

Para analizar la cuestión de fondo debatida, es procedente traer a colación la doctrina expuesta en supuestos similares al que ahora nos ocupa en las sentencias del TSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2006 o de 27 de octubre de 2004, en las que se manifiesta que: "la cuestión sobre la condición de español de origen del demandante, debe analizarse a la vista de la fundamentación contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 28 de octubre de 1998 en la que el Alto Tribunal manifiesta: "El origen de la cuestión debatida se halla en las confusiones creadas por la legislación interna, promulgada para la antigua colonia del llamado Sahara español, en el período histórico precedente a la «descolonización» llevada en su día a cabo, en trance lleno de dificultades, que culminaron con el abandono del territorio (que fue ocupado militarmente por otro Estado), al margen, desde luego, de la calificación objetiva que mereciera el territorio del Sahara en relación con el territorio metropolitano, según el Derecho Internacional. Tal período histórico ha sido denominado, doctrinalmente, etapa de la «provincialización», a consecuencia de la manifestada y reiterada voluntad legislativa de equiparar aquel territorio, no obstante sus peculiaridades, con una «provincia» española, y, por ello, a considerarla, como una extensión del territorio metropolitano, o sea, territorio español, sin acepciones, con todas las vinculaciones políticas determinantes de la referida concepción que, sin duda, se proyectaron, como corolario obligado, en la población saharauí y, en su condición de nacionales españoles. Ilustres administrativistas enseñaron que la «provincialización» elevaba dichos territorios al rango de territorio nacional. Entre otras normas debe destacarse la *Ley de 19 abril 1961* que estableció «las bases sobre las que debe asentarse el ordenamiento jurídico de la Provincia del Sahara en sus regímenes municipal y provincial», con otros aspectos, algunos tan importantes como el recogido en el *artículo cuarto* que, textualmente, dispone que «la provincia del Sahara gozará de los derechos de representación en Cortes y demás organismos públicos correspondientes a las provincias españolas», regla que fue llevada a la práctica con la participación efectiva de representantes saharauíes en las Cortes y en el Consejo Nacional. Sin duda que con esta norma se pretendía hacer manifiesta la equiparación de los «stati» entre «españoles peninsulares» y «españoles nativos», a los que se refiere el Orden de 29 noviembre 1966 que dicta instrucciones para ejercer el derecho al voto en el referéndum convocado por el *Decreto 2930/1966*. («*Artículo primero*: "Los españoles tanto nativos como peninsulares, residentes en las provincias del Sahara ..., que tengan derecho a votar con motivo del referéndum convocado por el *Decreto 2930/1966, de 23 noviembre ...*".) Si se toman en consideración las características autoritarias del régimen político imperante en España, con anterioridad al sistema constitucional vigente, cabe concluir que, desde la vertiente de la participación política, clave para configurar el «status civitatis», la asimilación era completa, tanto más cuanto que las profundas diferencias de orden social y jurídico privado, derivadas de ancestrales costumbres, de raíces, en muchos casos religiosas, se consideraban a la sazón «simples modalidades forales» del régimen provincial, según interpretaba el propio legislador (exposición de motivos de la Ley citada) que comparaba la diversidad de «instituciones y de regímenes administrativos económicos» con la «actualmente existente en España» variedades económicas forales y la especial «configuración de los Cabildos insulares». Como manifestación de esta posición España negó inicialmente al Secretariado General de la ONU información sobre «los territorios no autónomos» (1958 y 1959). La expresada *Ley de 1961*, además, al establecer en lo no específicamente regulado, la aplicación subsidiaria de la legislación sustantiva y procesal española, insistía en la naturaleza homogénea del territorio («legislación sustantiva y procesal, de aplicación general en el resto del territorio nacional», *artículo 2*). No debe, pues, extrañar que el Tribunal Supremo (Sala Primera, Sentencia de 22 febrero 1977), declarara que, en la fecha del nacimiento que se enjuiciaba, El Aaiun «era una provincia española y la palabra España comprendía todo el territorio nacional». No obstante, el acatamiento de las exigencias que imponían las realidades políticas y jurídicas dimanantes del orden jurídico público internacional y, especialmente, la doctrina sobre

«descolonización» de la ONU, condujeron al reconocimiento por el Gobierno español del «hecho colonial» y, por tanto, a la diferenciación de «territorios», puesto, finalmente, de relieve, con rotunda claridad, por la *Ley de 19 noviembre 1975* de «descolonización» del Sahara cuyo preámbulo expresa «que el Estado Español ha venido ejerciendo, como potencia administradora, plenitud de competencias sobre el territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial y que nunca - recalca- ha formado parte del territorio nacional». En cualquier caso de lo que no cabe duda, con referencia a la «nacionalidad» de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de «españoles indígenas», habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que «los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia». Cuestión distinta es, atendiendo a los grados de asimilación material y formal, entre los diversos estatutos jurídicos de la población, que, en la práctica y en la ordenación de estos problemas en los Estados colonizadores, se hayan impuesto restricciones al «status civitatis» de la población colonizada lo que ha permitido la diferencia doctrinal, basada en datos jurídicos, entre nacionales-ciudadanos y nacionales-súbditos, según atestiguan con denominaciones diversas, conocidos ejemplos del Derecho comparado (vgr. Holanda, Italia, Bélgica y Francia). En España, pese a la inexistencia de normas que frontalmente establecieran discriminaciones en cuanto a los derechos y deberes de los ciudadanos, pese a la ambigüedad normativa y pese a las opiniones de sectores doctrinales, sobre la calificación de los territorios pertenecientes a colonias y su identificación con el territorio nacional, las realidades de la heterogeneidad territorial y de los estatutos personales emergían sobre la retórica legislativa y gubernativa acerca de la plenitud de la asimilación. Concretamente, algunos dictámenes del Consejo de Estado emitidos ya en casos similares (Dictamen núm. 36017/1968 para el caso de Guinea y Dictamen 36227/1968 para el caso de Ifni) y la obra de cualificados estudiosos, a partir del examen pormenorizado de las disposiciones dictadas en relación con aquellos territorios, llegaron a conclusiones fundadas acerca de las diferencias entre territorio nacional y territorios coloniales (entre éstos, por consecuencia, el Sahara Occidental), así como sobre la diferente condición jurídica de nacionales y naturales de las colonias. En especial, España, que había actuado, con otro criterio, según se vio, aceptó, finalmente, informar a la ONU, sobre los territorios no autónomos y, con ello, dio paso por actos propios al reconocimiento del hecho colonial (consecuencias de la entrevista hispano-lusa de marzo de 1961)".

Así pues, aunque en la sentencia mencionada el Tribunal Supremo resuelve finalmente una cuestión sobre la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española, reconociendo al demandante dicha nacionalidad, no cabe duda de la doctrina que emana de la resolución judicial y de la legislación española dictada para la provincia del Sahara sobre la condición de españoles de los súbditos que estaban bajo la dependencia de España durante el período colonial, aunque pudieran existir algunas diferencias entre la condición jurídica de los españoles del territorio nacional y los naturales de las colonias denominados en algunos textos legales "españoles indígenas" o "nativos".

Ya la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 7 de noviembre de 1999 estableció que Guinea, Ifni, y Sahara eran territorios españoles que no formaban parte del territorio nacional. . . eran territorios sometidos a la autoridad del Estado español- pero no eran territorio nacional, analizándose la concreta situación del Sahara durante las tres fases (colonización, «provincialización», descolonización) concluye el TS que el Sahara fue, y así resulta del *Capítulo XI de la Carta de Naciones Unidas, un «territorio no autónomo», es decir, uno de esos «territorios cuyos pueblos no han alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio» (art. 73)*, es decir un territorio heterogéneo con el «territorio nacional "stricto sensu"» y por tanto sometido al mismo.

En cualquier caso de lo que no cabe duda, con referencia a la "nacionalidad" de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de "españoles indígenas", habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que "los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia".

Por ello no pueden ser objeto de aplicación los criterios alegados por la Abogacía del Estado para determinar la nacionalidad de origen de saharauis, nacidos antes de la descolonización, determinándose, como realiza el Juez de instancia, que la nacionalidad de origen de los padres del recurrente queda acreditada con el acta de transcripción de testificaciones para constatación del respectivo nombre, como nacidos en Aaiun; con el extracto del Registro de nacimiento del recurrente, en que se hace referencia a los datos referidos de los padres; con copia del carné de identidad español de los padres; con el título de familia numerosa expedido por las autoridades españolas; y con la justificación de afiliación a la Seguridad Social.

Por ello, el recurrente se halla en el supuesto descrito en el *art. 45.2 c) del RD 2393/04*, siendo hijo

de españoles de origen, para obtener el permiso de residencia temporal por circunstancias extraordinarias. Y constando en el expediente administrativo, además, el cumplimiento de los demás requisitos como la ausencia de antecedentes penales, no procede más que confirmar la resolución judicial apelada.

CUARTO.- Por lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmar la resolución judicial impugnada, con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo que dispone el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998*.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia de fecha de 30-4-08 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Jaén en el procedimiento núm. 4/08 ; y, en consecuencia, se confirma dicha resolución judicial por ser ajustada a derecho.

Con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales en esta instancia.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y devuélvase las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, interesándole acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, que contra ella no cabe recurso alguno, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.