

TERCERO.- En el recurso, objeto de esta sentencia, se han observado todas las prescripciones legales en vigor y demás derechos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso consiste en la resolución del Delegado de Gobierno en Asturias de fecha 2 de marzo de 2011 por la que se acuerda la denegación de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitada al amparo de lo dispuesto en el art. 45 Real Decreto 2393/2004 (arraigo social).

SEGUNDO.- Sostiene el actor en su demanda que concurren en su caso las circunstancias justificativas de autorización de residencia dispuestas en el art. 45.2.b) R.Dto. 2393/2004 ya que acreditaba su residencia en España de forma continuada durante más de 3 años, informe favorable de inserción emitido por el Ayuntamiento de Oviedo, pasaporte completo, certificado de inexistencia de antecedentes penales así como oferta de empleo.

En la resolución impugnada así como en el acto de la vista se viene a denegar la solicitud presentada apoyándose en que se había dictado resolución administrativa de expulsión del territorio nacional por la Delegación del Gobierno en Asturias en fecha 23-12-2009 que, si bien fue recurrida en vía contencioso admtdva. no constaba estuviera suspendida, siendo así que incluso fue confirmada con ocasión del recurso contencioso entablado (St del Juzgado de lo contencioso admtdvo. de Gijón de 25-1-2011 y del TSJ de Asturias de 6-7-2011) y por aplicación de lo dispuesto en el art. 31 Ley orgánica 4/2000 y Disposición adicional cuarta 1 d) no cabría otorgar la residencia temporal al constar dicha orden de expulsión.

TERCERO.- Vistos los términos de la controversia y , dado que no se discute en realidad la efectiva concurrencia en el interesado de las circunstancias por las que podría serle otorgada la autorización de residencia conforme al art. 45.2 b) R.Dto. 2393/2004 (residencia en España por 3 años, oferta de trabajo, ausencia de antecedentes e informe favorable de inserción) se ha centrado la cuestión a resolver es si la existencia de una previa orden de expulsión que es firme determina necesariamente el que no pueda darse lugar a otorgar una autorización de residencia posterior.

Sobre este particular se considera que no cabe acoger tal planteamiento pues, en lo que se refiere al art. 31.5 Ley orgánica 4/2000 este precepto efectivamente dispone que "Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido". Sin embargo, se considera más bien se refiere a aquellos supuestos en que hubiera sido

decretada su expulsión y prohibición de entrada por otro Estado y que, por razón de la vinculación de España por el Convenio existente, ello obligara a España a aceptar esa prohibición de entrada dictada por ese otro Estado. Buena prueba de ello nos encontramos con que, de ser ello así y disponer por tanto que una previa orden de expulsión dictada en España impidiera de forma total y absoluta el que se impida formular una posterior solicitud de residencia, ello se contradice con lo que se contempla en el actual Reglamento de la Ley (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril) en su art. 241 que expresamente contempla los supuestos de concurrencia de procedimientos en que, en el curso de una autorización de residencia, se compruebe la existencia de una orden previa de expulsión no ejecutada por infracción conforme a los art. 53.a y b de la Ley, supuestos estos en los que, en algunos casos determina que dicha orden de expulsión sea revocada (situaciones previstas en los artículos 31 bis, 59, 59 bis o 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero -supuesto este que ya se contemplaba en la propia Ley en la Disp. Adicional cuarta letra d) y aplicándose ese mismo criterio en los casos distintos a los contemplados en dichos preceptos pero que del análisis inicial de la solicitud concluyese en la existencia de indicios claros de la procedencia de concesión de la autorización. De este modo, la existencia de una previa orden de expulsión no ejecutada -como es el caso- no determina necesaria y automáticamente que resulte inviable el que pueda ser concedida una autorización de residencia posterior. Este incluso ha sido el criterio específicamente acogido por la propia Administración tal y como así ha acreditado la actora conforme a la Instrucción emitida por la Dirección general de inmigración.

Cierto es que dicha previsión se contiene en el actual reglamento R.Dto. 557/2011 de 20 de abril que no era el que estaba vigente al tiempo de ser dictada la resolución impugnada pero, sobre este particular, se considera que sería un tanto absurdo y contrario a un principio de tutela judicial efectiva el denegar ahora la solicitud de autorización de residencia cuando consta que el interesado reúne todos los requisitos de fondo sobre ello y el único obstáculo que existía (la previa orden de expulsión no ejecutada) ya no le impediría el obtener la autorización de residencia y, de hecho, de denegarse la autorización de residencia en este momento abocaríamos al interesado a reproducir la petición ante la Admon. para cursar de nuevo una solicitud que, se insiste, cumplía todos los requisitos de fondo para su acogimiento. Se valora asimismo el que participando la medida de expulsión en los términos de la ley de naturaleza sancionadora, debe posibilitarse la aplicación de una norma posterior en el tiempo que, si bien no elimina la sanción -que además se vio confirmada en vía judicial- sí permite atenuar los efectos indirectos que esa sanción anterior comporta y ello en aplicación de los principios generales de aplicación retroactiva de norma posterior más favorable en materia sancionadora.

Conforme a lo expuesto y considerando concurrían en el actor los requisitos dispuestos en el art. 45.2 b) RD 2393/2004 se estima procede el acogimiento del recurso dictándose sentencia en los términos interesados.



TERCERO.- No se aprecian méritos conducentes a la imposición de costas conforme al art. 139 LJCA.

FALLO

ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PRESENTADO POR ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL DELEGADO DE GOBIERNO EN ASTURIAS DE FECHA 2 DE MARZO DE 2011 POR LA QUE SE ACUERDA LA DENEGACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES SOLICITADA EN EXPTE. 33002011000352 DECLARANDO LA DISCONFORMIDAD A DERECHO DEL ACTO ADMTVO. IMPUGNADO Y SU ANULACIÓN RECONOCIENDO AL ACTOR EL DERECHO A QUE LE SEA CONCEDIDA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES SOLICITADA.

SIN IMPOSICION DE LAS COSTAS DEVENGADAS A NINGUNA DE LAS PARTES LITIGANTES.

CONTRA ESTA SENTENCIA CABE RECURSO DE APELACIÓN EN EL TÉRMINO DE LOS 15 DÍAS SIGUIENTES AL DE SU NOTIFICACIÓN ANTE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMTVO. DEL TSJ DE ASTURIAS

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

