

26 JUL 2012

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 3  
DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN(E)KO  
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 3 ZK.KO EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 2-3º PLANTA - C.P./PK: 20012

Tel.: 943-00.07.79

Fax: 943-00.43.69

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 20.05.3-11/001179

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :20.069.45.3-2011/0001179

Proced.abreviado / Prozedura laburtua 395/2011

**SENTENCIA N° 235/2012**

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a 18 de julio de dos mil doce.

El Sr. D. CARLOS COELLO MARTÍN, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de DONOSTIA - SAN SEBASTIAN ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 395/2011 y seguido por el procedimiento ABREVIADO, en el que se impugna: RESOLUCION DEL SUBDELEGADO GOBIERNO GIPUZKOA QUE DA POR DESISTIDA LA SOLICITUD DE AUTORIZACION DE RESIDENCIA Y TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES POR ARRAIGO SOLICITADA EL 05.05.2011.

Son partes en dicho recurso: como recurrente

\_\_\_\_\_ y representada y dirigida por la Letrado VIVIANA ECHEVERRIA PASCUAL; como demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN GIPUZKOA - EXTRANJERIA), representado y dirigido por la ABOGACÍA DEL ESTADO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Letrada Doña Viviana ECHEVERRIA PASCUAL, se interpuso el 1 de septiembre de 2011 recurso contencioso-administrativo actuando en nombre y representación de la ciudadana de República de Nicaragua Doña \_\_\_\_\_ contra la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa por la que se le tiene por desistida en la petición de autorización de residencia por arraigo formulada el 5 de mayo de 2011.

**SEGUNDO.-** Turnado que fue correspondió a este Juzgado incoándose el **procedimiento abreviado 395/2011**

1.- Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el expediente y convocar a las partes al acto del juicio.

2.- Ha comparecido en representación de la demandada la Abogacía del Estado en la forma prevista en la LOPJ.

**TERCERO.-** 1.-Celebrado el acto del juicio el día de 5 de junio de 2012, asistió personalmente la recurrente asistido y representado por su Letrado quien fue sustituida en el acto del juicio por la Letrada Sra. ECHEVERIA PASCUAL así como la representación procesal de la demandada, según consta en la grabación audiovisual unida a las actuaciones, la recurrente se ratificó en su escrito de demanda, formulando alegaciones complementarias y se opuso, la representación de la Administración del Estado alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos.

2.- Se recibió a prueba admitiéndose la prueba documental que se obra en las actuaciones.

3.- Las partes dedujeron las correspondientes conclusiones en el acto del juicio en la forma prevenida en el artículo 78 de la LJCA.

4.- Se acordó como diligencia final la práctica de determinada documental admitida según diligencia de ordenación del 6 de junio de 2012, evacuando el traslado conferido mediante escrito del 15 de junio de 2012.

4.1.- Se reiteró la petición al ponerse de manifiesto el error en el expediente administrativo remitido según diligencia de ordenación del 15 de junio de 2012.

4.2.- La actora formuló las alegaciones en escrito del 3 de julio de 2012, que se ha unido a las actuaciones.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

A los efectos de lo previsto en el nº 3 del art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se declaran los siguientes.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión que se suscita es la impugnación de una resolución por la que se tiene por desistida de la petición de autorización de residencia temporal con autorización para trabajar por arraigo solicitada por la recurrente, ciudadana de la República de Nicaragua Sra. \_\_\_\_\_

1.- Se trata de un expediente administrativo cuando menos confuso toda vez que al folio 115 obra una Resolución del 28 de julio de 2011 por la que se acordaba denegar la autorización de residencia y trabajo (folio 115) y firmada por delegación una Resolución de 28 de julio de 2011 en la que se le tiene por desistida. La actora ha impugnado la segunda.

2.- Hay por tanto dos resoluciones administrativas relativas a la misma petición, ambas del 28 de julio de 2011, una suscrita por el Subdelegado del Gobierno (*vide* folio

115) y otra suscrita, por delegación, por el Jefe del Servicio de la Secretaría General de la Subdelegación del Gobierno (*vide* folio 116).

**SEGUNDO.-** Según consta en el expediente la hogaño actora formuló la correspondiente petición de autorización por arraigo al amparo del artículo 45. 2 b) del Reglamento el 5 de mayo de 2011.

1.- Acompañaba su petición con certificado de antecedentes expedido por la autoridad gubernativa correspondiente, así como el certificado de empadronamiento en el Ayuntamiento de Irún.

2.- Acompañó copia del Informe de arraigo expedido por el Ayuntamiento de Irún.

3.- La *causa de la denegación*, según la primera resolución del 28 de julio de 2011 es que permaneció en su país desde el 6/11/2008 al 28/10/2009, es decir, casi un año fuera del territorio del Reino de España. La causa aducida y justificada por la actora no era otra que el tener que atender a un familiar directo residente en la República de Nicaragua.

4.- La causa por la que se le tiene por desistido en la otra resolución del 28 de julio de 2011 es que permaneció en su país desde el 6/11/2008 al 28/10/2009, es decir, casi un año fuera del territorio del Reino de España.

**TERCERO.-** Un mismo expediente administrativo se ha resuelto con dos resoluciones formal y materialmente diversas lo que constituye un claro supuesto de incongruencia y de irregularidad en la tramitación de una petición de autorización de residencia por arraigo.

**CUARTO.-** La resolución del 28 de julio de 2011 en la que se tiene por desistida a la recurrente es claramente anulable al infringir lo dispuesto en el artículo 71 y concordantes de la LPAC.

1.- No consta en el expediente el cumplimiento de los trámites previstos, además, en la LOEx y en la LPAC en relación con la petición deducida, ni se ha notificado en ese caso, la propuesta de resolución, ni se ha requerido la subsanación de documentación alguna aun cuando se ha acordado tener por desistida a la actora y sin embargo se aplica el artículo 71 de la LPAC.

2.- Ha de señalarse, además, que la propia Subdelegación del Gobierno se han dictado resoluciones por las que se concede la autorización por este cauce, según se ha acreditado en el ramo de prueba de la actora y se ha unido a las actuaciones, tal y como ha puesto de manifiesto la recurrente en los sucesivos trámites de alegaciones relativos a la remisión por la autoridad gubernativa de sendos expedientes administrativos ( *Vide expediente* ..... ).

2.1.- En el citado expediente la resolución gubernativa del 9 de septiembre de 2010 resolvía conceder la autorización interesada por el mismo cauce del arraigo social, aplicando un concepto diverso de "*permanencia continuada*" en España, aun cuando la solicitante, nacional también de la República de Nicaragua, había permanecido desde el mes de marzo de 2009 hasta el de agosto de 2009 fuera del territorio del Reino de España.

QUINTO.- Procede, en consecuencia, estimar el recurso contencioso-administrativo deducido por la actora, y resolver dentro de sus pretensiones según lo dispuesto en el artículo 31 y 33 de la LJCA, anular al resolución en la que se tenía por desistida a la recurrente de su petición de autorización por arraigo, ordenando retrotraer las actuaciones, hasta el momento en el que se acuerda requerir determinada documentación, de la que no hay constancia en el expediente administrativo remitido y resuelva la petición deducida por la actora justificando y motivando, en su caso, el apartamiento de los precedentes.

SEXTO.- En materia de costas, y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139 LJCA, no procede hacer especial imposición de las mismas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

**FALLO:**

1º) Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la actora contra la resolución impugnada, anulándola y dejándola sin ningún valor ni efecto; ordenando retrotraer las actuaciones, hasta el momento en el que se acuerda requerir determinada documentación, de la que no hay constancia en el expediente administrativo remitido y resuelva la petición deducida por la actora justificando y motivando, en su caso, el apartamiento de los precedentes.

2º) No procede la imposición de costas por los motivos expuestos en el Fundamento Jurídico quinto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 3834 0000 94 0395 11 CODIGO RECURSO 22, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

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

**PUBLICACIÓN.-** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública.



GOBIERNO DE ESPAÑA

25 OCT 2012

SUBDEL. DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA  
REGISTRO GENERAL DE SALIDA  
S2012/20001/NReg:43087/RG:3088409  
18/10/2012 12:22:52  
MARADIAGA BELTRAN, CELIA MARIA

GOBERNUAREN  
ORDEZKARIORDETZA  
GIPUZKOAN

SUBDELEGACIÓN  
DEL GOBIERNO  
EN GIPUZKOA

ATZERRITARRAK EXTRANJEROS

D./D.  
VIVIANA ECHEVERRIA PASCUAL  
TXURRUKA 4-1ºB  
20004 DONOSTIA-SAN SEBASTIAN

Nº expediente: 200020110001972  
Nacionalidad: NICARAGUENSE  
N.I.E.: Y1825124L  
Nº Pasaporte:  
Ciudadano extranjero:

Actividad y profesión: TODAS POR CUENTA AJENA  
Ambito geográfico: NACIONAL  
C.I.F./D.N.I. Emplador:  
Empresa contratante:  
Tipo de Permiso: AUTORIZACION RESIDENCIA TEMPORAL

POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES POR  
ARRAIGO CON AUTORIZACION PARA  
TRABAJAR

Con esta misma fecha el Subdelegado del Gobierno ha dictado la siguiente Resolución:

"Visto el expediente de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo del ciudadano arriba indicado, resultan lo siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Con fecha 05/05/2011 D./D.<sup>a</sup> solicitó autorización de residencia temporal con autorización para trabajar por cuenta ajena al amparo del artículo 124.2 del Reglamento de ejecución de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

**SEGUNDO:** Con fecha 28/07/2012 el Subdelegado de Gobierno dictó resolución denegando la referida solicitud, notificándosela al solicitante con la advertencia de que contra la misma podría interponer recurso de reposición ante esta Subdelegación de Gobierno en el plazo de un mes.

**TERCERO:** Que interpuesto recurso Contencioso-administrativo contra dicha resolución, el Juzgado de dicho Orden nº 3 de Donostia-San Sebastián dicta sentencia con fecha 18/07/2012 estimando el recurso y acordando la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Esta Subdelegación es competente para resolver el presente expediente en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Primera del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE de 30 de abril de 2011).

**SEGUNDO:** Vista la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián de fecha 18/07/2012, esta Subdelegación de Gobierno procede a conceder la autorización solicitada.

**RESUELVE CONCEDER** al trabajador extranjero arriba indicado autorización de Residencia Temporal por Circunstancias Excepcionales con autorización para trabajar por arraigo, condicionada a que, dentro del plazo de un mes del día siguiente al de la notificación de esta resolución, esté afiliado y/o en situación de alta como trabajador en el sistema de la Seguridad Social. Cumplida la afiliación y/o alta del trabajador extranjero, la autorización comenzará su periodo de vigencia que será de un año. Transcurrido un mes desde la notificación de esta Resolución sin que se haya cumplido esa condición, la autorización quedará sin efecto.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre podrá interponerse frente a esta Resolución Recurso de Reposición en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su notificación, o bien podrá interponerse directamente Recurso Contencioso-Administrativo ante los Juzgados provinciales de lo Contencioso-Administrativo de Gipuzkoa en el plazo de dos meses contados de la misma forma, conforme a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa Ley 29/1998, de 13 de julio.

El interesado, en el plazo de un mes desde la notificación de la presente resolución, deberá personarse en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Donostia-San Sebastián, sita en la Calle José María Salaberría, nº 19 (si reside en Irún u Hondarribia deberá personarse en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Irún, sita en la Plaza del Ensanche, nº 1) a solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, con la documentación que a continuación se detalla:

- Pasaporte en vigor original y 1 copia.
- Certificado de empadronamiento.
- 2 Fotografías tipo D.N.I.
- Parte de alta en Seguridad Social."

Lo que le comunico para su conocimiento y efectos.

Donostia-San Sebastián, 18 de octubre de 2012  
EL JEFE DE LA OFICINA DE EXTRANJERIA

Fdo.: Miguel Elósegui Bergareche