

Lda. Viviana Echeverría Pascual 15 ABR 2014
C/ Churrucua Nº4 - 1º Dcha
20004 Donostia

**JUZGADO DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE
DONOSTIA**

**DONOSTIAKO 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: 20.05.3-14/000080
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN : 20.069.45.3-2014/0000080
Proced.abreviado / Prozedura laburtua 23/2014

Demandante / Demandatzailea:
Representante / Ordezkaría: VIVIANA ECHEVERRIA PASCUAL

Administración demandada / Administrazio demandatua: SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO EN GIPUZKOA - EXTRANJERIA
y ABOGACÍA DEL ESTADO
Representante / Ordezkaría:

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:
RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO DE GIPUZKOA DE FECHA 26 DE
NOVIEMBRE DE 2013, DENEGANDO LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR
CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES, CON Nº DE EXPEDIENTE: 200020130003251.

SENTENCIA Nº 55/2014

En DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN, a siete de abril de dos mil catorce.

D. CARLOS COELLO MARTÍN, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 23/2014 y seguido por el procedimiento Abreviado, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO DE GIPUZKOA DE FECHA 26 DE NOVIEMBRE DE 2013, DENEGANDO LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES, CON Nº DE EXPEDIENTE: 200020130003251. Son partes en dicho recurso: como **recurrente**, representada y dirigida por la Letrada VIVIANA ECHEVERRIA PASCUAL; como **demandada** SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO EN GIPUZKOA - EXTRANJERIA representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- RECURSO Y OBJETO.

1.- La letrada Sra. **Viviana ECHEVERRÍA PASCUAL** actuando en nombre y representación de la ciudadana de la República de Nicaragua Sra. , presentó el 17 de enero de 2014 escrito de interposición y demanda contra la **Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa de 26 de noviembre de 2013 por la que se le denegaba la autorización de residencia y temporal por circunstancias excepcionales de arraigo social interesada por la recurrente.**

2.- La causa de la denegación era la previa existencia de antecedentes penales.

3.- La recurrente había sido titular de una autorización de residencia y de trabajo.

SEGUNDO.- REPARTO, ADMISIÓN DEL RECURSO Y SEÑALAMIENTO PARA VISTA.

1.- Turnado que fue correspondió a este Juzgado dando origen al **recurso 23/2014.**

2.- Se admitió a trámite la demanda, se reclamó el expediente administrativo y se emplazó a las partes para la celebración de la vista el día 1 de abril de 2014.

TERCERO.- CELEBRACIÓN DE LA VISTA.

1.- Se celebró el juicio el 1 de abril de 2014, compareciendo la parte actora personalmente y asistida por la Letrada Sra. .

2.- La administración del Estado demandada representada por la Abogacía del Estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LJCA.

3.- La parte actora se ratificó en su escrito de demanda

4.- La representación procesal de la Administración demandada interesó la desestimación de la demanda por las razones que a su derecho pluguió.

5.- Recibido el procedimiento abreviado a prueba en la forma prevenida en el artículo 78 de la LJCA, se practicó la prueba documental actuándose el trámite de resumen de prueba en relación con las pruebas documentales admitidas en el ramo de cada una de las partes.

6.- Consta unido a las actuaciones el soporte audiovisual de la grabación del juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la recurrente se impugna la Resolución del 26 de noviembre de 2013 por la que se le deniega la autorización de residencia interesada por circunstancias excepcionales de arraigo social.

1.- Como hemos señalado la causa de la denegación es la existencia de antecedentes penales como consecuencia de la Sentencia de 11 de mayo de 2012 del Juzgado de lo Penal número 2 de Donostia-San Sebastián.

2.- La resolución impugnada, según se colige del expediente, considera que la autorización interesada de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social ha de tramitarse como si fuera una autorización inicial, sujeta por ende al requisito de la inexistencia de la antecedentes penales en el país de origen y en el Reino de España al amparo del artículo 124 del Reglamento de la LOEX de 2011.

SEGUNDO.- DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

1.- Según consta en las actuaciones el recurrente solicitó en escrito del 20 de junio de 2013 la autorización extraordinaria por arraigo social del artículo 124.3 del Reglamento de la LOEX de 2011 (*vide* folios 1 y ss.).

1.1.- Acompañaba su petición con el certificado de antecedentes penales del país de origen, la República de Nicaragua (*vide* folios 40 y ss. del expediente).

1.2.- Certificado médico oficial.

1.3.- Certificado de empadronamiento en el municipio de Lasarte-Oria.

1.4.- Informe de arraigo social redactado por los Servicios correspondientes del Gobierno Vasco (*vide* folios 46 y ss. del expediente).

1.5.- Contrato de trabajo de duración determinada del servicio de hogar familiar (*vide* folio 49 y ss. del expediente).

2.- Incoado el correspondiente expediente, consta a los folios 56 y 57 del expediente la existencia de una condena penal por un delito de resistencia o grave desobediencia a la autoridad.

2.1.- Se dicta por la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa la resolución de 1 de octubre de 2012 por la que se deniega la autorización por la preexistencia de una condena penal.

2.2.- La actora dedujo el correspondiente recurso de reposición alegando los hechos y fundamentos jurídicos que a su interés plugió.

2.3.- La resolución del 26 de noviembre de 2013 desestima el recurso de reposición

TERCERO.- MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.

1.- La actora articula su demanda recalcando que la resolución incurre en un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 a) y e) de la LPAC al haberse omitido el trámite de audiencia.

1.1.- Sostiene la recurrente que la solicitud se formuló ante la Subdelegación del Gobierno y sin previo trámite de audiencia se dictó la resolución sancionadora.

2.- En segundo lugar sostiene la actora que la resolución impugnada vulnera el artículo 31.3 de la LOEX en relación con el artículo 124 del Reglamento de la LOEX de 2011.

2.1.- Señala a este respecto que si bien es cierta la existencia de una previa condena penal de escasa relevancia, tiene una hija nacida en el Reino de España que puede adquirir la nacionalidad española, que cuenta con arraigo social y laboral dados los años que ha estado residiendo con autorización

CUARTO.-

1.- Respecto a la primera cuestión ha de estimarse el recurso y anularse la resolución impugnada. Aun cuando pueda invocarse la *lex parsimoniae* en orden a limitar los efectos de la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo, lo cierto es que en el caso que nos ocupa esa omisión constituye una irregularidad invalidante.

2.- Ha de acotarse además, una cuestión complementaria, en relación con la denegación de la autorización de residencia por causas excepcionales de arraigo social del artículo 124 del Reglamento de la LOEX de 2011 en este caso. La causa de la denegación como queda indicada es la preexistencia de

antecedentes penales. Conviene señalar que la recurrente ha sido titular de una autorización de residencia y trabajo según consta en las actuaciones y que una vez extinguida la misma es cuando solicita la autorización extraordinaria de residencia por arraigo social.

La resolución de la administración impugnada aplica la carencia de antecedentes penales como si se tratara de una autorización inicial cuando la recurrente ha sido titular de la correspondiente autorización de residencia y trabajo, habiendo interesado una autorización distinta al amparo del artículo 124 del Reglamento de la LOEX.

2.- A este respecto cabe señalar que la doctrina legal y la jurisprudencia menor han entendido que no puede aplicarse la causa sobrevenida como si de una primera autorización de residencia se tratara, dado que se pondría en peor situación legal al extranjero residente que tras diversos años de estancia legal y regular, atendiendo sus derechos y obligaciones de carácter legal, los que le son propios por su estatuto de extranjero residente en el hogar Reino de España, frente al que solicita la primera autorización al amparo del artículo 124 y otro supuesto del Reglamento de la LOEX de 2011.

2.1- El *círculo vicioso* se acendra, además, toda vez que la denegación o extinción de la autorización por causas ajenas al "*orden público económico*"- por utilizar la expresión acuñada por G. RIPERT- como las que se contemplan a modo de ejemplo en el propio Reglamento de la LOEX de 2011, se derivarían de modo provocado por la aplicación, *deus ex machine*, de las causas de denegación por la existencia de un nuevo supuesto de prohibición.

2.2.- Como ha puesto de manifiesto la actora en su recurso y en el acto de la vista se produce una aparente desigualdad en el tratamiento de los antecedentes penales del peticionario. Si en los supuestos de renovación de una autorización de residencia temporal existente se valorarán los antecedentes penales (art. 31 de la LOEX), sin embargo en los supuestos de extinción de una autorización de residencia y trabajo y petición de una nueva autorización por el supuesto excepcional de arraigo es tratada como si de una autorización inicial se tratara cuando el peticionario venía residiendo bajo título administrativo habilitante previo.

2.3.- La consecuencia es que, según el plazo temporal en el que se encabalgue la renovación, los mismos antecedentes penales pueden ser objeto de valoración o ponderación si se trata de una renovación o bien constituirse en requisito si es una autorización por circunstancias excepcionales por el peticionario que disponía de una previa autorización de residencia temporal y trabajo que se extingue por las causas legales correspondientes.

2.4.- Sin embargo la omisión de un trámite preceptivo como es de audiencia o alegaciones a la *propuesta de resolución*, así como la ausencia de una *propuesta de resolución en la que se hubiere informado sobre las alegaciones de la recurrente* conlleva la nulidad del acto administrativo recurrido procediendo a ordenar la retroacción de las

actuaciones. Según el expediente ni hay propuesta de resolución ni hay trámite de audiencia al interesado, dictándose directamente la resolución impugnada, lo que supone un claro quebrantamiento del procedimiento administrativo que ha generado, además, indefensión, que no puede suplirse en vía de recurso contencioso-administrativo.

QUINTO.- Procede, en consecuencia, estimar el recurso deducido por la actora y anular la resolución impugnada.

SEXTO.- Concurren las circunstancias para la no imposición de costas establecidas según lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

Visto los preceptos legales de aplicación.

FALLO: Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente, anulando la resolución precedente y ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento en el que se tuvo que redactar la propuesta de resolución y conferir el trámite de audiencia a la recurrente, sin imposición de costas a la recurrente 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 Banco Santander, con nº 3834 0000 94 0023 14 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. Doy fe.