

27 OCT 2014

Viviana Echeverria Pascual

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

**JUZGADO DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE
DONOSTIA**

**DONOSTIAKO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 2
ZK.KO EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1-3º PLANTA - C.P./PK: 20012

Tel.: 943-000778

N.I.G. / IZO: 20.05.3-13/000504

Procedimiento / Prozedura: **Proced.abreviado / Prozedura laburtua 174/2013**

KOPIA DA / ES COPIA

SENTENCIA Nº 179/2014

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintiuno de octubre de dos mil catorce.

VICTOR MORA GASPAR, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 174/2013 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCION DEL SUBDELEGADO DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA DE 18.03.13 DESESTIMATORIA DEL RECURSO REPOSICION CONTRA RESOLUCION DENEGATORIA DE AUTORIZACION DE RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES CON AUTORIZACION PARA TRABAJAR POR ARRAIGO SOLICITADA EL 11.10.2011.

Son partes en dicho recurso: como recurrente i
y ,representado/a y dirigido/a por el Letrado/a VIVIANA
ECHEVERRIA PASCUAL
; como demandada SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN
GIPUZKOA - EXTRANJERIA, representado/a y dirigido/a por el ABOGADO
DEL ESTADO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente contencioso se impugna la resolución reseñada en el encabezamiento que precede, solicitándose se declare el derecho de la parte recurrente a la concesión del Permiso de Residencia solicitado, según los razonamientos que luego serán objeto de estudio.

SEGUNDO.- La representación procesal de la parte demandada se opone a todo ello sustentando la legalidad del acuerdo impugnado, siguiendo

la línea marcada por la resolución combatida en vía administrativa y en atención a las razones que da en el acto del juicio, que constan a disposición de las partes y analizaremos a continuación.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Objeto del procedimiento

PRIMERO.- Acto administrativo impugnado.

Constituye el objeto del presente procedimiento la Resolución de fecha 18 de marzo de 2013, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, por la que se desestima el recurso de reposición presentado por el recurrente contra la resolución, de fecha 11 de febrero de 2013 que deniega la autorización de Residencia Temporal por circunstancias excepcionales por arraigo solicitada.

II. Pretensiones de las partes

SEGUNDO.- Pretensiones del actor.

Se alza la recurrente frente a dicho acuerdo alegando los motivos que ya esgrimió en su día en el recurso de reposición presentado ante la Administración, y que sucintamente expuestos son los siguientes:

1.- Nulidad por omisión del trámite de audiencia, lo que determina indefensión.

2.- El recurrente tiene arraigo en nuestro país, donde cuenta con fuertes vínculos familiares, habiéndose producido incluso el nacimiento de su hija en España, en fecha 22 de junio de 2012. Asimismo obtuvo el indulto del delito por el que fue condenado.

TERCERO.- Oposición de la Administración.

La Administración demandada se opone al recuso basándose en que el recurrente no cumple los requisitos exigidos por el Real Decreto 557/2011, de

20 de abril

III. Examen del recurso.

CUARTO.- Dispone el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 en su art. 123 lo siguiente:

1. De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (LA LEY 126/2000), en atención a las circunstancias excepcionales que concurren, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, previstos en los artículos siguientes.

2. El contenido de este capítulo debe ser interpretado sin perjuicio de la posible concesión de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en base a lo previsto en los artículos 31bis (LA LEY 126/2000), 59 (LA LEY 126/2000) y 59bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (LA LEY 126/2000). Igualmente, podrán concederse otras autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en los términos establecidos en la Disposición adicional primera.4 de este Reglamento.

El motivo alegado por la demandada para denegar la autorización de residencia reside en la existencia de antecedentes penales. Pues bien, los requisitos exigidos en el RD 557/11 han de interpretarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (LA LEY 126/2000), el cuál constituye el marco habilitante cuya aplicación no puede quedar restringido al cumplimiento de los requisitos establecidos reglamentariamente, sino que ha de ser objeto de una valoración individualizada en cada supuesto. En este sentido no podemos obviar el hecho de que el antecedente que nos ocupa deviene de una condena dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de San Sebastián, en Sentencia de 12 de agosto de 2012, condena que ha sido objeto de indulto por Real Decreto 133/2014, de 28 de febrero (BOE de 15 de marzo de 2014), lo que ha resultado en el archivo provisional de la ejecutoria que se tramitaba en el referido Juzgado donostiarra (según acredita el recurrente con la documental que aporta en el acto del juicio). A ello se une el hecho de que el recurrente tiene una hija menor en España, nacida el día 22 de junio de 2012, por lo que la denegación del permiso supondría igualmente la conculcación del derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 del CEDH, en su vertiente del derecho a la unidad familiar, sobre el que tiene declarado el TEDH, ya desde las sentencias dictadas tanto en el asunto Demirel, sentenciado el 30 de

septiembre de 1987 como en el caso Kadiman de 17 de abril de 1997, que *“la exclusión de una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1 del CEDH”*. En el mismo sentido tiene declarado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 12 Abr. 2010, rec. 191/2008, <<Se pasa de puntillas sobre el hecho de que con toda certeza se afectará a un menor de corta edad, quizá en situación cercana al desamparo. Y si se nos permite la hipérbole, cabría decir que la Administración hace auténtico Derecho de Familia dictando, en ciertos casos, acuerdos de expulsión, puesto que con sus resoluciones afectará a todo un complejo de potestades y situaciones familiares de dependencia que, en realidad, son indisponibles para las partes puesto que afectan a necesidades básicas. No cabe la menor duda de que, en determinadas circunstancias, una resolución administrativa acordando la sanción de expulsión, con prohibición de regreso durante unos cuantos años implica una auténtica quiebra matrimonial administrativa; ¿no sería predicable e incluso necesaria la presencia de los familiares dependientes que pueden verse afectados por la resolución en el procedimiento administrativo de expulsión? Y si el art. 3 del Estatuto del Ministerio Fiscal enumera una serie de supuestos competenciales, entre los cuales destaca su actuación en defensa de los incapacitados, menores de edad y personas en situación de desamparo ¿no debería actuar también el Ministerio Público en defensa de tales derechos de los terceros desamparados o menores de corta edad dentro de estos procedimientos, sean administrativos o judiciales?

Tanto da que un padre o una madre dejen de prestar la asistencia exigible a su hijo por razón de patria potestad, a causa de una expulsión administrativa o por voluntad propia, llevando a cabo una huida voluntaria o una salida forzosa, lo que exige el orden público es que se mantenga esa asistencia o se provea jurídicamente al respecto. En caso de no tener en cuenta estas disfunciones normativas sí estaremos inaplicando lo dispuesto en el art. 39 de la Constitución Española al caso concreto.>>

Procede, por tanto, la estimación del recurso, sin necesidad de ulteriores consideraciones.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la L.R.J.A., las costas han de ser impuestas a la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Que debo ESTIMAR y ESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de [redacted] contra la la Resolución de fecha 18 de marzo de 2013, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, por la que se desestima el recurso de reposición presentado por el recurrente contra la resolución, de fecha 11 de febrero de 2013 que deniega la autorización de Residencia Temporal por circunstancias excepcionales por arraigo solicitada, que anulo porque es contraria al ordenamiento jurídico, y declaro el derecho del recurrente a la obtención del permiso solicitado, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por esta declaración. Con expresa condena en costas a la demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso ordinario de apelación, ante este Juzgado, en el plazo de quince días a contar desde su notificación, mediante escrito debidamente razonado.

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 1886, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª de la 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/la Ilmo/a. Sr/a. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.