

Id Cendoj: 07040330012009100387  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Palma de Mallorca  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 7/2009  
Nº de Resolución: 380/2009  
Procedimiento: Recurso de apelación  
Ponente: ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

EXTRANJERIA

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

**SENTENCIA: 00380/2009**

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 7 de 2009

AUTOS JUZGADO Nº 28 de 2008

SENTENCIA

Nº 380

En la ciudad de Palma de Mallorca a dieciocho de mayo de dos mil nueve.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE:

D. Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster.

Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante, la Administración General del Estado (Delegación del Gobierno en Illes Balears) representada y asistida por la Abogada del Estado, y como parte apelada D. Gabino , asistido por la Letrada Dª Margarita Palos Nadal.

Constituye el objeto del recurso la resolución de la Jefa de la Oficina de Extranjeros, de 27 de diciembre de 2007, actuando por delegación del Delegado del Gobierno en Illes Balears (Resolución de 16 de diciembre de 2005, BOIB de 29 de diciembre de 2005), por la que se inadmitía a trámite la solicitud presentada el 27 de diciembre de 2007, relativa a autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

La Sentencia nº 202/2008, de 13 de noviembre, dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia número 202 de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Palma, en los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"Se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Gabino interpuesto contra la Delegación del Gobierno de las Illes Balears, frente a la Resolución de fecha 27.12.07, por la que se inadmitía a trámite la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales instada por la recurrente, y en consecuencia debo declarar y declaro la nulidad de la misma, y la admisión a trámite de la solicitud, condenando a la Administración a valorar el hecho de ser la parte recurrente ascendiente de una menor nacional española, como una circunstancia excepcional y ello sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante, siendo admitido en ambos efectos.

TERCERO. No se ha solicitado la práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

CUARTO. Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 15 de mayo de 2009 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El aquí apelado, D. Gabino , ciudadano brasileño y padre de Letizia-Alejandra, nacida en Palma de Mallorca el 19 de julio de 2007, solicitó el 17 de mayo de 2007 a la ahora apelante, Administración General del Estado, la concesión de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, invocando en su petición el *artículo 45.2.b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre* , regulador del Reglamento de la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Esa solicitud fue inadmitida a trámite por el Delegado del Gobierno en Illes Balears (actuando por delegación del mismo la Jefa de la Oficina de Extranjeros) y la sentencia apelada, estimando parcialmente el recurso contencioso, ha decidido que se tramite por la Administración del Estado, valorando el hecho de ser el recurrente ascendiente de una menor nacional española, como una circunstancia excepcional.

En el escrito de interposición del apelación, la Administración General del Estado pretende la revocación de la Sentencia apelada y que se confirme la resolución administrativa impugnada, alegando: Primero, que en la Sentencia se afirma erróneamente que la Administración demandada se conformó con la retroacción de actuaciones, cuando ello sólo se interesó con carácter subsidiario a la defensa del mantenimiento del acto administrativo. Segundo, el acto administrativo recurrido inadmitió correctamente a trámite la solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, ya que no se acreditaba la permanencia del actor en territorio español con tres años de antelación. Tercero, se incurrió en una evidente desviación procesal, ya que el demandante solicitó ante la Administración la concesión de la autorización por circunstancias excepcionales de arraigo social, al amparo del *artículo 45.2 b) del Reglamento de Extranjería* , no por el motivo de tener una hija de nacionalidad española. Cuarto, existe un exceso de jurisdicción, vulnerando el *artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional* , ya que la sentencia impone a la Administración a realizar una determinada valoración de supuestos de circunstancias excepcionales respecto de actos administrativos que ni siquiera se han dictado.

La representación de la parte demandante ha solicitado la confirmación de la sentencia apelada, a la luz de la doctrina jurisprudencial existente acerca de la interpretación procedente acerca de los conceptos de arraigo y razones humanitarias cuando el ciudadano extranjero tiene un hijo español menor de edad.

SEGUNDO. El acto administrativo parcialmente anulado en la sentencia de instancia inadmitió a trámite una solicitud de autorización de residencia en territorio español formulada por un ciudadano brasileño, al considerar que la petición carecía manifiestamente de fundamento, ya que la Administración consideró que notoriamente no acreditaba el cumplimiento de la estancia mínima de tres años en España, como exige el *artículo 45.2 b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, y con sustento en la *Disposición Adicional Cuarta, punto 6, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, acerca de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en relación con la competencia atribuida a los Delegados del Gobierno en virtud de la *Disposición Adicional Primera de su Reglamento de desarrollo*.

TERCERO. Con carácter antecedente al análisis de las cuestiones controvertidas en el presente recurso de apelación conviene aquí comenzar recordando que el *artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, en la redacción dada por la *Ley 14/2003*, permite a la Administración conceder autorización de residencia temporal por cualquier circunstancia excepcional que se determine reglamentariamente, determinación -exhaustiva, pero no excluyente o agotadora- que aparece en los *artículos 45 y 94 del Real Decreto 2393/04, de 30 de diciembre* y en su *Disposición Adicional Primera, apartado 4*.

El caso que aquí nos ocupa, y como todos los litigantes ya aceptan, no encaja dentro del *artículo 45.2.b) del Real Decreto 2393/04*, el cual fue indicado expresamente por el ciudadano extranjero ahora apelado en la solicitud presentada ante la Delegación del Gobierno en Illes Balears el 27 de diciembre de 2007 (folio 1 del expediente), es decir:

"los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa".

Sin embargo, y a pesar de la mencionada indicación, la Administración pudo entender que el interesado solicitaba la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, en el sentido amplio comprendido en el *artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000*, precisamente por ser el progenitor de una niña de nacionalidad española, que en ese momento contaba con 5 meses de vida.

Prueba de esta afirmación es que el actor aportó junto con su solicitud, no sólo documentos relativos al inicio de su presencia en España y acerca de su futuro laboral, sino que también adjuntó una certificación literal de la inscripción de nacimiento de su hija Letizia Alejandra, practicada en el Registro Civil de Palma de Mallorca (Tomo 00650, página 341), en la que figura una anotación marginal informativa de la resolución adoptada por el Magistrado encargado del Registro Civil el tres de septiembre de 2007, acerca de la presunción de la adquisición por nacimiento de la nacionalidad española de la niña, como también adjuntó (folios 13 al 15 del expediente).

Pues bien, el interés de la hija menor de edad, Letizia Alejandra, nacida el 19 de julio de 2007 y con presunción de nacionalidad española, y sin perjuicio del análisis de fondo que corresponde en todo caso realizar la Administración, se puede calificar como la invocación de una circunstancia excepcional de arraigo a los efectos de la *Ley Orgánica 4/2000*, a los efectos de considerar que la solicitud ostentaba fundamento para ser examinada a fin de concederse o denegarse.

El *artículo 31.3* del citado Cuerpo Legal se refiere a las situaciones de arraigo, concretadas en el *artículo 45.2 del Real Decreto 2393/2004*, pero ni esa concreción es agotadora ni los poderes públicos se encuentran impedidos para determinar reglamentariamente otras circunstancias excepcionales, de la misma manera que es posible, por ejemplo, para caso como el que aquí se da, la aplicación directa del *artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000*, precisamente con fundamento en la supremacía del interés de la hija menor de edad, la cual goza de la presunción de nacionalidad española.

Por los argumentos arriba expuestos, debe confirmarse la estimación parcial de la demanda efectuada en la sentencia de instancia, por cuanto en ésta únicamente se decide la retroacción de actuaciones en sede administrativa, a fin de que la solicitud sea admitida a trámite, en cuanto no concurre la carencia manifiesta de fundamento de la petición acogida por la Administración, ya que debe integrarse, en

interés del menor, dentro de las circunstancias excepcionales entendidas en sentido amplio, al amparo del *artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000*, sin que este resultado conlleve ni una incongruencia omisiva respecto de las alegaciones ofrecidas en la contestación a la demanda, ni una desviación entre lo pedido en sede administrativa y la reclamación realizada en sede judicial, ni tampoco una injerencia en el contenido de las potestades discrecionales de la Administración.

La sentencia apelada decidió la vuelta atrás de la tramitación administrativa a los efectos de la admisión del examen de fondo de la solicitud presentada por el demandante, entendiendo que la mención a circunstancias excepcionales no debía ceñirse al artículo marcado con una casilla por el interesado, sino en toda la amplitud permitida por la Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, concretamente por haber mencionado implícitamente el actor que tenía una hija española con escasos meses de vida.

Todo ello sin obligar a los órganos administrativos competentes a decidir acerca de la concesión o no de la autorización de residencia en un determinado sentido, sino simplemente imponiendo el examen, en sede administrativa, acerca de la concurrencia o no de circunstancias excepcionales, referidas al arraigo que hipotéticamente pudiese gozar el actor en España por tener una hija menor de edad con nacionalidad española.

CUARTO. Por lo demás, es innecesario explicitar, de forma amplia, cuáles son los argumentos que determinan el rechazo de la alegación que mantiene la Administración apelante en lo relativo al "exceso de jurisdicción de la sentencia recurrida" que refiere en el punto tercero del recurso de apelación, asumiendo la Sala que la sentencia de 13 de noviembre de 2008 no se ha interferido, de forma alguna, dentro del margen exclusivo de poderes que el Derecho concede a los Entes públicos, por mor de la tan mencionada discrecionalidad, tal y como hemos justificado más arriba.

QUINTO. Conforme a lo previsto en el *artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, procede imponer las costas causadas en la presente apelación a la Administración apelante.

En atención a lo expuesto:

## **FALLAMOS**

PRIMERO. Desestimamos el recurso de apelación presentado contra la sentencia número 202 de 2008, de 13 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Palma de Mallorca, la cual se confirma en su integridad.

SEGUNDO. Se imponen las costas causadas en la apelación a la Administración del Estado.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Alicia Esther Ortuño Rodríguez que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.