



La Adjunta Primera del  
Defensor del Pueblo

07-EAJ-AGH

Nº expediente: **09014482**

Sra. Dña.



EL DEFENSOR DEL PUEBLO

REGISTRO

SALIDA

14/12/09 - 09098058

Estimada Sra.:

De conformidad con lo previsto en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha recibido el preceptivo informe solicitado por esta Institución a la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, en el que, entre otras, se contienen las siguientes precisiones:

“En primer lugar, y respecto al tema de la concesión de las autorizaciones de residencia a los menores tutelados con efectos retrotraídos a la fecha en que fueron puestos a disposición del órgano tutelar de menores (Diputación Foral de Guipúzcoa en nuestro caso), simplemente informarle que esta Subdelegación ha seguido escrupulosamente el precepto legal al que esa Institución se refería en su escrito sobre el expediente 08013992.

Por otra parte, como esa Institución afirma en su escrito antes mencionado relativo al expediente 08013992, no existe una cobertura legal clara que ampare a los menores que alcanzan la mayoría legal que podrían ver, incluso, extinguirse sus permisos y, en consecuencia, recomendaba y proponía, aplicando conjuntamente el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y el art. 92.5 del Real Decreto 2393/2004, la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a estos menores documentados que cumplieran la mayoría de edad.

Pues bien, esta Subdelegación del Gobierno, de conformidad y aplicando la sugerencia de esa Institución, ha concedido desde el 1 de enero de 2009, un total de nueve autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales a menores que veían como su permiso se extinguía al cumplir la mayoría de edad.

Naturalmente, la aplicación del art. 92.5 a esos ya exmenores exige, como esa Institución indicaba textualmente en su escrito antes mencionado, el cumplimiento de ‘determinados requisitos’ y esos requisitos a los que se alude, son fundamentalmente la recomendación del órgano tutelar que informará sobre la ‘participación en las acciones formativas y las actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social’ (92.5 in fine).

En el caso que nos ocupa y que es objeto de la atención de esa Institución [redacción] señalar que el interesado dispuso de una autorización de residencia temporal que caducaba el 18 de junio de 2009, víspera del día en el que cumplía 18 años y que, por tanto, su solicitud de renovación de residencia no podía considerarse tal renovación por las causas antes expuestas de falta de cobertura legal explícita.

1 de 4

Paseo de Eduardo Dato, 31 – 28010 Madrid (España)  
Tel.: (+34) - 91 432 79 00 Fax: (+34) - 91 308 11 55

registro@defensordelpueblo.es

www.defensordelpueblo.es



En consecuencia, en aras de la integración del menor y siguiendo la recomendación de esa Institución en su escrito antes aludido (expte. 08013992), esta Subdelegación del Gobierno trocó el expediente en una autorización de residencia por circunstancias excepcionales y, así quedó grabado en la Aplicación de Extranjería desde un principio, tramitándose como tal. Recibido el informe de la Diputación Foral de Guipúzcoa, requisito imprescindible, como se ha visto, en estos casos, se pudo comprobar que sus conclusiones eran demoledoras respecto al grado de inserción social de [REDACTED] 'ha mantenido una trayectoria muy negativa. No ha sabido aprovechar los recursos ofrecidos y ha mantenido una actitud disruptiva en todo momento haciendo imposible su adecuada integración.'

En vista de ello, esta Subdelegación del Gobierno no pudo menos que denegar la citada autorización de residencia por circunstancias excepcionales, no desviándose con ello un ápice tanto de la recomendación de esa Institución como de la propia normativa de extranjería, en este caso del artículo 92.5 in fine.

La presente denegación no oscurece el hecho claro e inequívoco de la concesión de nueve autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales a menores que demostraron sus deseos de integrarse en la sociedad guipuzcoana y que esta Subdelegación del Gobierno reconoce y ampara mediante la fórmula recomendada por esa Institución."

A la vista de los términos del mismo esta Institución, no considera que la retroacción de efectos prevista en el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000 se esté realizando de manera correcta por parte de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa. Por lo que, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a la citada Subdelegación del Gobierno el siguiente recordatorio de deberes legales:

"1º.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000 retrotrayendo los efectos de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros tutelados al momento en el que los mismos fueron puestos a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma.

2º.- Que en las resoluciones que concedan autorizaciones de residencia a menores extranjeros tutelados que se dicten en lo sucesivo se tenga en cuenta el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000 en cuanto a la retroacción de efectos, así como los artículos 31.2 de la citada norma y los artículos 36.2 y 37.4 del Real Decreto en relación a la vigencia de la autorización inicial y de su renovación respectivamente."

En el supuesto que nos ocupa se aprecian con toda claridad las negativas consecuencias que tienen para los menores tutelados extranjeros la incorrecta aplicación del precepto. Así, la Subdelegación del Gobierno dicta una resolución con fecha 12 de agosto de 2008 en la que, sin tener en cuenta el año anterior en el que el interesado era residente legal (desde el día 22 de agosto de 2007), cuya caducidad hace coincidir, insistimos una vez más, sin cobertura legal alguna, con el día en el que el menor alcanza la mayoría de edad. De haber actuado correctamente, ese organismo habría debido documentar la residencia legal del menor, mediante una autorización de residencia inicial, con validez desde el día 22 de agosto de 2007 al día 22 de agosto de 2008 y, al ser menor de edad, a la



*La Adjunta Primera del  
Defensor del Pueblo*

07-EAJ-AGH

Nº expediente: **09014482**

caducidad de esta, haber renovado la misma desde el día 22 de agosto de 2008 al día 22 de agosto de 2010.

Por las razones anteriormente apuntadas, esta Institución ha estimado procedente formular a dicha Subdelegación del Gobierno, la siguiente sugerencia:

“Que se revoque de oficio la resolución dictada por esa Subdelegación del Gobierno el día 3 de septiembre de 2009 (expediente 209920090001226), dictando otra en su lugar por la que, reconociendo que el interesado es residente legal en España desde el día 22 de agosto de 2007, se conceda una autorización de residencia primera renovación con validez desde el día 22 de agosto de 2008 al 21 de agosto de 2010.”

La anterior sugerencia se ha formulado con base en los argumentos que a continuación se transcriben:

El régimen a seguir es el previsto en el régimen general de la Ley Orgánica 4/2000, sin que haya base para afirmar que no existe una cobertura legal clara que ampare la renovación de estas autorizaciones de residencia. La consecuencia lógica de que el régimen que se sigue para documentar la residencia de los menores tutelados sea el general es, como no puede ser de otro modo, que las mismas se renovararán de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 2393/2004 (una autorización inicial de un año, dos renovaciones de dos años cada una y, finalmente, una autorización de residencia permanente). Precisamente, otra de las consecuencias de ese régimen general, es la posibilidad, previa la tramitación del procedimiento expresamente establecido en el artículo 75.2.c del Real Decreto 2393/2004 de que la Administración inicie un procedimiento para extinguir una autorización cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base a su concesión. Lo anterior, en modo alguno significa, que, sin procedimiento y sin cobertura legal que lo ampare, se decida hacer coincidir la vigencia de las autorizaciones de los menores extranjeros tutelados con el día en el que estos adquieren la mayoría de edad.

Resulta preciso en este punto insistir, una vez más, que en el artículo 35, bajo la rúbrica ‘residencia de menores’ el legislador no ha querido hacer referencia alguna al reglamento para regular su régimen específico, tampoco ha querido que se considere su situación de estancia, ni ha querido vincular la regularidad de su residencia al tiempo en el que el menor sea tutelado por una Administración pública. Las razones por las que el legislador no ha optado por ninguna de esas posibilidades se deducen con facilidad del estudio sistemático de las normas aplicables a la protección de los menores (Convención Internacional de Derechos del niño y Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor) y del objetivo último de la propia Ley Orgánica 4/2000: la integración social de los extranjeros en España.

Desde esa perspectiva de la integración social, resulta preciso recordar también los importantes recursos que las entidades públicas de protección de menores dedican a la formación de los menores extranjeros tutelados, mediante programas en muchos casos sostenidos con fondos de la propia Administración General del Estado, por lo que resulta contrario no sólo a la lógica más elemental sino al principio de eficacia en la actuación de los poderes públicos, pretender que, una vez alcanzan 18 años, y, en muchos casos, transcurridos varios años en España, estos menores queden en la irregularidad documental. Los artículos 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y 92 del Real Decreto 2393/2004 posibilitan

3 de 4

*Paseo de Eduardo Dato, 31 – 28010 Madrid (España)  
Tel.: (+34) - 91 432 79 00 Fax: (+34) - 91 308 11 55*



*La Adjunta Primera del  
Defensor del Pueblo*

07-EAJ-AGH

Nº expediente: **09014482**

precisamente, el acceso a la mayoría de edad de los menores extranjeros tutelados desde la regularidad documental. Ahora bien, lo anterior no implica que, aquel que alcance la mayoría de edad sin haber aprovechado los recursos públicos puestos a su disposición, siga disfrutando de su residencia legal en España, sino que, y ese es el alcance de la reflexión hecha por el Defensor del Pueblo en anteriores escritos, está prevista la posibilidad de extinguir esa autorización en aplicación del artículo 75.2.c) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. Pero, se ha de insistir, esa posibilidad no tendrá sentido en aquellos supuestos en los que el interesado, se encuentre plenamente integrado en nuestra sociedad e incorporado en el mercado laboral.

Por último, en lo que se refiere al ámbito de aplicación de las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales se ha comunicado a la citada Subdelegación del Gobierno que:

El citado precepto está previsto, exclusivamente para aquellos supuestos en los que el menor tutelado ha alcanzado la mayoría de edad sin haber sido documentado de conformidad con lo previsto en el artículo 35.4. La especialidad de esa situación, y su excepcionalidad (no debe convertirse en norma el incumplimiento de un deber legal) hace que se refiera a la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j) de la Ley Orgánica 4/2000. Por tanto, en supuestos como el que nos ocupa, no podrá acudirse al citado precepto para documentar a un menor, tutelado durante dos años, y previamente documentado de conformidad con lo previsto en el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000. Sin embargo, la incorrecta aplicación del anterior precepto, al hacer coincidir la validez de la autorización de residencia inicial con la mayoría de edad, es lo que ha puesto al interesado en una situación de irregularidad documental que no le puede ser imputable.

Tan pronto se reciba en esta Institución el informe solicitado, nos pondremos de nuevo en contacto con usted para darle traslado del mismo.

Agradeciéndole la confianza demostrada en esta Institución, le saluda cordialmente,

Maria Luisa Cava de Llano y Carrió

El presente documento es una copia fiel de un documento firmado electrónicamente con certificado personal reconocido de la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre y custodiado y tratado según la Ley Orgánica de Protección de Datos, en los sistemas de información de la Institución del Defensor del Pueblo. Esta información puede ser verificada conforme a los términos establecidos por la legislación vigente.