

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N°
1 DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN(e)ko
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIETAKO 1 ZK.KO
EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1-3ª PLANTA - C.P./PK: 20003

Tel.: 943-000777

N.I.G. / IZO: 20.05.3-07/000610

Procedimiento / Prozedura: Proced.abreviado / Prozedura laburtua 344/2007

SENTENCIA N° 187/08

En Donostia-San Sebastián a veintiocho de julio de dos mil ocho.

Vistos ante mi, D^a MARTA VALLE PAGOLA, MAGISTRADO-JUEZ DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 1 DE DONOSTIA-SAN SEBASTIAN, los autos correspondientes al recurso contencioso-administrativo PROCEDIMIENTO ABREVIADO 344/07, interpuesto por D^a X

, representada y asistida por el Letrado D. IGNACIO ALMANDOZ RIOS, contra la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, en cuyo nombre actúa la Abogada del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la indicada recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo el 5 de junio de 2007 contra la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa de 30 de abril de 2007 que resuelve denegar la autorización de residencia temporal con autorización para trabajo por cuenta ajena por arraigo solicitada en el expediente de referencia, advirtiéndole así mismo de la obligatoriedad de efectuar su salida del Territorio Nacional en el plazo de quince días, a partir del día siguiente al de su notificación.

SEGUNDO.- Personada la Administración demandada y remitido el expediente administrativo, se señaló el 3 de junio de 2008 para la celebración de la vista oral, compareciendo ambas partes.

TERCERO.- En el acto de juicio oral, la parte actora se ratificó en su demanda, instando se declare no ajustado a derecho el acto recurrido y se reconozca el derecho a la renovación de la autorización de trabajo y residencia. Por la Administración demandada se contestó en el sentido de oponerse, alegándose, a su vez, lo que a su derecho convino y solicitando la desestimación del recurso.

CUARTO.- Acordándose el recibimiento a prueba, se admitió la documental aportada con la Demanda y se dio por reproducido el expediente administrativo y la nueva documental propuesta por la parte actora; a continuación las partes elevaron a definitivas sus pretensiones iniciales.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales con la excepción del plazo para el dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa de 30 de abril de 2007 que resuelve denegar la autorización de residencia temporal con autorización para trabajo por cuenta ajena por arraigo solicitada en el expediente de referencia, advirtiéndole así mismo de la obligatoriedad de efectuar su salida del Territorio Nacional en el plazo de quince días, a partir del día siguiente al de su notificación.

En el expediente administrativo consta solicitud de autorización de residencia y trabajo, presentada el 27 de marzo de 2007 por D^a X alegando como supuesto de acceso arraigo social, acompañando entre otras de la siguiente documentación, fotocopia del pasaporte, certificado medico oficial, Certificado antecedentes penales emitido por el Ministerio de Justicia Cubano, Certificado empadronamiento del Ayuntamiento de Usurbil, constando en el mismo encontrarse la actora empadronada en dicho municipio desde el 2 de agosto del 2005, Certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, constando en el mismo haber estado empadronada la actora desde el 11 de diciembre de 1998 hasta 2 de agosto de 2005, fotocopia de tarjeta de residente comunitaria, inscripción nacimiento en Registro Civil de Y contrato de trabajo de duración determinada de 8 de febrero de 2007.

Realizada por la Subdelegación de Gobierno petición de antecedentes penales, constando en la misma sendas condenas en sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal números 3 y 1 de Donostia-San Sebastián, sin mas tramites en Resolución de 30 de abril de 2007, se resuelve denegar la autorización de residencia temporal con autorización para trabajo por cuenta ajena por arraigo solicitada en el expediente de referencia, advirtiéndosele así mismo de la obligatoriedad de efectuar su salida del Territorio Nacional en el plazo de quince días, siendo la misma objeto de este recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación vienen referidos a la omisión del tramite de audiencia de conformidad con lo dispuesto en el articulo 84 de la Ley 30/1992, así como al cumplimiento de los requisitos exigidos para la concesión de la autorización de residencia y trabajo de acuerdo a las circunstancias excepcionales que rodean a la recurrente.

A ello se opone la Abogada del Estado alegando incumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento.

TERCERO.- En relación al examen del primero de los motivos impugnatorios alegados, ha de recordarse aquí que todo expediente administrativo tiene, como todo procedimiento, un fin principal que es la preparación del material instructorio para que el órgano competente dicte una resolución debidamente motivada. Aunque se rija por el principio del impulso de oficio, debe conjugarse, aun con características propias que le diferencian de los procedimientos jurisdiccionales, con los principios de defensa y de audiencia.

El articulo 84 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, obliga a oír a los interesados antes de redactar la propuesta de resolución, recogándose en el tenor literal del referido precepto que, "Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el articulo 37.5; Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes".

Señalar a este respecto así mismo que, no es lo mismo ni tiene las mismas consecuencias invalidantes la omisión de un trámite concreto y preciso como es el de «audiencia del interesado» del artículo 84 de la Ley 30/1992, en aquellos procedimientos en que interviene el mismo, que el hecho de que el expediente se haya llevado a cabo prescindiendo totalmente de la intervención de la persona cuyos derechos e intereses legítimos van a ser directamente afectados por el pronunciamiento recayente en el mismo y sin oportunidad de ser oída, en sentido lato y genérico, al no serle comunicada ni siquiera la existencia de las actuaciones en el modo que hoy impone con carácter general el artículo 34 Ley 30/1992.

En el primer caso, se está en presencia de una infracción adjetiva que sólo alcanzará eficacia invalidante en tanto produzca efectiva indefensión y que puede tenerse por superada en fases posteriores, incluso en el mismo proceso judicial. Así por citar sólo algunas, SSTS 15 abril 1987 (RJ 1987\4453), 10 julio 1991 (RJ 1991\5748) o 24 noviembre 1995 (RJ 1995\8817). En el segundo supuesto, con la privación de toda oportunidad de ser oído el afectado en vía administrativa, pueden quebrar por el contrario los principios de publicidad, audiencia y contradicción y vulnerarse la garantía esencial de los administrados en sus relaciones con las Administraciones Públicas que comprenden el derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesados, así como a formular alegaciones y aportar documentos, entre otros -artículo 35 LRJ-PAC-, y en otro caso, el procedimiento se vacía de contenido alegatorio, y probatorio por parte de aquel que va a ser privado de derechos o facultades, originándose una completa e insubsanable indefensión.

A mayor abundamiento, señalar que el vicio formal de la omisión del trámite de audiencia ha de ser objeto de una interpretación restrictiva en su virtualidad invalidante, pues conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene dicho que sólo invalidan el acto los defectos o ausencia de motivación que además hayan causado la indefensión del interesado.

En aplicación de esta doctrina al caso de litis se ha de llegar a la conclusión que la recurrente no ha sufrido merma material de sus posibilidades de defensa, pues ha conocido las razones que han llevado a la Administración a obrar, atacando los actos administrativos en sede jurisdiccional, oponiendo a su virtualidad razones de fondo y articulando en el litigio la prueba que ha estimado pertinente a la defensa de su derecho, no procediendo por ello la estimación del presente motivo impugnación

alegado.

CUARTO.- En relación al segundo de los motivos de impugnación planteados, el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, redactado conforme a las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003, dispone que, "la administración podrá conceder una autorización de residencia y temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado."

Por su parte el artículo 45.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone, "De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos determinados en este artículo, siempre que no haya mala fe del solicitante.

2. Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos: a. Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. b. A 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. c. Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles".

En el anterior reglamento de extranjería aprobado por el Real Decreto 864/2001 de 20 de julio, amparaba, bajo la figura de la exención de visado prevista en el artículo 49.2, entre otros, " f) Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas". Es decir, el ser ascendiente de un ciudadano español

es una circunstancia que no se recoge expresamente en el actual reglamento de desarrollo, pero eso no significa que no pueda incluirse dicha circunstancia entre los supuestos excepcionales del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, redactado conforme a las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003.

Si bien el artículo 45 del Real Decreto 2393/2004, no recoge expresamente el supuesto referido, deja un amplio margen para la inclusión de multitud de supuestos como consecuencia de constituir la circunstancia excepcional un concepto jurídico indeterminado, incluyéndose en dicho precepto asimismo entre otros motivos que pueden ocasionar la concesión de una autorización de residencia, las razones de interés público.


En el supuesto de autos, la recurrente si bien es cierto que cuenta con antecedentes penales por sendas condenas ante los Juzgados de lo Penal de Donostia-San Sebastián números 1 y 3, no es menos cierto así mismo que es madre de un hijo español, Y, nacido en Donostia-San Sebastián el 27 de febrero de 2000 fruto de su matrimonio con un ciudadano español, encontrándose el menor bajo su guarda y custodia, documento 14 de la demanda. El menor, como hijo no emancipado, se encuentra por disposición legal bajo la patria potestad de la actora y de su padre, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil, estando por ello obligada a velar por dicho menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, pudiendo así de no accederse a la pretensión interesada verse truncadas tales obligaciones, siendo el menor Y, el mayor perjudicado por tal resolución, por lo que procede la anulación de la misma, constituyendo una circunstancia claramente excepcional para la concesión de la residencia temporal de conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, redactado conforme a las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003.

Por todo ello, procede la estimación del presente recurso contencioso administrativo, declarar la disconformidad a derecho del acto administrativo impugnado, reconociendo el derecho de la recurrente a la obtención de autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la L.R.J.A., no procede la condena a ninguna de las partes al pago de las costas al no actuar con temeridad o mala fe en la defensa de sus respectivas pretensiones.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a.
, contra la Resolución del Subdelegado de Gobierno en Guipúzcoa de 30 de abril de 2007, referida en el antecedente de hecho primero, declarando la disconformidad a derecho del acto administrativo impugnado y lo anulo, reconociendo el derecho de la recurrente a la obtención de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales; todo ello, sin hacer expresa condena de costas procesales.

ESTA SENTENCIA NO ES FIRME Y CONTRA LA MISMA CABE INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN, EN EL PLAZO DE QUINCE DIAS DESDE SU NOTIFICACION A LAS PARTES.

Así por esta mi Sentencia de la que se dejará certificación literal en los autos, lo pronuncio, mando y firmo.