

974 224486



JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1  
HUESCA

COPIA

Recurso nº: 425/07.  
Parte actora: Dª.  
Representante de la parte actora: Dª. María Fernanda Pérez Serrano.  
Parte demandada: Administración General del Estado.  
Representante de la parte demandada: Abogacía del Estado.

SENTENCIA Nº 50

En Huesca, a 29 de febrero de 2008.

MARIA FERNANDA PEREZ SERRANO  
PROCURADORA  
**NOTIFICACIÓN**  
04 MAR. 2008  
Avda. Parque, 48 - 5.º A.  
Teléfono y Fax 974 22 44 88  
22003 HUESCA

En nombre de S.M. el Rey, el Ilmo. Sr. D. José Javier Oliván del Cacho, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca, habiendo visto el Recurso 425/07, tramitado por las normas del procedimiento abreviado, siendo demandante Doña María Lucila [redacted], representada por Dª. María Fernanda Pérez Serrano, con asistencia letrada de D. Julio Rojas Bejarano y como demandada la Administración General del Estado, representado por el Sr. Abogado del Estado, siendo objeto del recurso la Resolución de la Subdelegación del Gobierno, de fecha 5 de octubre de 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de 14 de noviembre de 2007, la Sra. Pérez Serrano presentó escrito de Demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia, por la que "dícte en su día Sentencia por la que, estimando este recurso, declare nula o anule y deje sin efecto la resolución por la que se acuerda denegar la solicitud de autorización de residencia y de trabajo para mi representado, reconociéndose como situación jurídica individualizada el derecho de mi representado a obtener la autorización de trabajo y residencia interesados".

974 224486

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

**SEGUNDO.-** Mediante Providencia de 15 de noviembre de 2007, se admitió a trámite la Demanda, se ordenó la remisión del expediente y el emplazamiento de eventuales interesados, citándose para el acto del juicio oral a celebrar el día 25 de febrero de 2007.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** En el presente proceso, se impugna la resolución denegatoria de la autorización de residencia por motivos humanitarios presentada por la actora con base en ser progenitora de una menor con nacionalidad española a título de presunción.

**SEGUNDO.-** En función del expediente administrativo y de la prueba practicada, cabe derivar los siguientes hechos:

1.- A los folios 1 a 40 figura solicitud de Autorización de Residencia y demás documentación presentada por la actora, con fecha 6 de septiembre de 2007.

Entre la referida documentación, se encuentra informe favorable de inserción social de un extranjero (folio 14) firmado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Jaca.

2.- Al folio 41 obra informe desfavorable de la Comisaría de Jaca en razón de la incoación de un expediente sancionador que podría acarrear la expulsión.

3.- Con fecha 5 de octubre de 2007, se denegó la autorización de residencia por circunstancias excepcionales a la ciudadana colombiana Sra. Cabrera, en tanto que "le costa un procedimiento sancionador por estancia irregular en el que puede proponerse la expulsión, además de no acreditar encontrarse incluida en ninguno de los supuestos que establece el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y el artículo 45 de su Reglamento de ejecución".

**TERCERO.-** El Letrado que ha asistido al demandante, tras aportar en el acto de la vista resolución del Ilmo. Sr. Subdelegado del Gobierno en Huesca

974 224486

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

por el que se impone a la actora una multa, ha defendido la procedencia de obtener la autorización interesada con base en dos argumentos esenciales, a saber: a) en función del interés prioritario de la hija de la actora, Ana Belén Cortés Cabrera, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño; y b) en función de la nacionalidad española de su hija menor, ya que, a través de diversas resoluciones judiciales, se ha otorgado la autorización correspondiente mediante la concesión de la tarjeta de familiar de residente comunitario o la autorización de trabajo y residencia en virtud del art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000.

**CUARTO.-** En función de lo expuesto, interesa partir de que, efectivamente, el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000 posibilita que "la Administración podrá conceder una autorización de residencia 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 visado".

Seguidamente, ha de añadirse que tal precepto legal ha encontrado un desarrollo reglamentario en el art. 45 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Precisamente, la Administración ha denegado la autorización interesada, no sólo por la existencia de un procedimiento sancionador (ya finalizado sin la imposición de una sanción de expulsión), sino también, y en lo que ahora importa, por no encajar en los supuestos contemplados en el precitado art. 45. Sin embargo, de acuerdo con lo declarado por el Tribunal Supremo, no puede entenderse que el reiterado art. 45 haya efectuado una enumeración exhaustiva de las circunstancias excepcionales que justifican la autorización, cuya denegación se impugna. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007 (EJDI 2007/5458) se dice:

*"Desde luego respecto a este alegato no puede acogerse la alegación de que se incurre en una ilegalidad omisiva por no incorporar supuestos previstos en el Reglamento anterior, pues el Gobierno es libre para no regularlos. Además sucede respecto al extremo que estamos estudiando lo mismo que respecto a la autorización por razones humanitarias. La regulación del precepto no es exhaustiva y, aparte de que puede aplicarse directamente el mandato del*

974 224486

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

artículo 31.3 de la Ley Orgánica, en otros preceptos se contemplan autorizaciones de este tipo, como sucede en el artículo 94.2 respecto a los menores, y en la Disposición Adicional Primera, número 4. De todas formas no puede acogerse la impugnación, ya que se trata de desarrollo de la Ley, el texto literal de los preceptos no es contrario a derecho, e incluso los supuestos no contemplados pueden resolverse aplicando directamente la Ley Orgánica o bien otros preceptos reglamentarios".

Por tanto, la cuestión subsiguiente pasa por determinar si procede considerar una circunstancia humanitaria excepcional (a los efectos de la autorización reclamada) ser progenitor o progenitora de un menor al que se le ha reconocido la nacionalidad española con valor de simple presunción.

Pues bien, en este punto, este Juzgado comparte la posición mantenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de abril de 2007, en cuyos fundamentos jurídicos séptimo y octavo se dice:

"SEPTIMO.- Entrando en las pretensiones ejercitadas en la primera instancia, y en relación con la pretensión anulatoria ejercitada por la parte actora es necesario señalar que lo cierto es que nos hallamos ante un supuesto -ser ascendiente extracomunitario de menor español de origen mediante declaración con valor de simple presunción de nacionalidad española- no contemplado expresamente en el precepto reglamentario indebidamente aplicado por la sentencia de instancia.

El fundamento para la aplicación directa del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ha de buscarse en la libertad de circulación y residencia del menor español recogida en el artículo 19 de la CE y en la protección del derecho del menor español recogida en el artículo 19 de la CE y en la protección del derecho del menor español a la intimidad familiar recogido en el párrafo 1º del artículo 18 de la CE. El razonamiento del cual se colige tal corolario es idéntico al expresado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2004, dictada en Pleno, en el asunto C-200/02 entre Kunkian Zhu y Man Lavette Chen contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido, esto es, que la

974 224486

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

*negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español privarla de todo efecto útil tanto al derecho de residencia del menor en España como a su derecho a la intimidad familiar.*

*Además las consecuencias de la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español incluirían la vulneración del artículo 14 CE. De suerte que se crearía una categoría de españoles menores de edad, ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus ascendientes, a cuyo cargo están, no pueden acceder al mercado laboral.*

*Toda vez que al carecer de la autorización de residencia queda vetada la autorización de trabajo. Y con ello, ab initio, se priva al menor español de las posibilidades de un libre desarrollo de la personalidad en igualdad con aquellos menores españoles cuyos ascendientes desde el inicio tienen acceso al mercado laboral.*

*OCTAVO.- Por las mismas razones procede el reconocimiento de la situación jurídica individualizada pretendida por Doña (...) en términos del reconocimiento judicial del derecho a obtener de la Administración General del Estado la autorización inicial de residencia por circunstancias excepcionales. Es obligatorio indicar que los presupuestos fácticos para la aplicación del concepto jurídico indeterminado de 'razonas excepcionales' incardinan la circunstancia de ser ascendiente extracomunitario de menor español de origen mediante declaración con valor de simple presunción de nacionalidad española en la zona de certeza positiva del concepto jurídico indeterminado recogido en el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. A tal conclusión se llega en el presente caso al aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo indicada en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia cuando establece que, en resumen, el artículo 45 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, realiza una relación exhaustiva, pero no excluyente, de los supuestos en que es posible la concesión de una autorización por circunstancias excepcionales, y que la propia aplicación directa de la Ley cabrá siempre y cuando exista fundamento suficiente para su aplicación. Este fundamento suficiente para la aplicación del supuesto reglamentario al presente caso se encuentra en el artículo 17 c) del Código*

974 224486



*Civil en la interpretación que del mismo se efectúa en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005. Toda vez que en ella se interpreta que ni la Administración ni los Tribunales de Justicia pueden, mientras no existan pruebas en contrario, dudar de la nacionalidad española de origen del menor.*

*De donde debe concluirse que el reconocimiento de la situación jurídica individualizada pretendido por la apelante resulta coherente con la garantía constitucional contemplada en el artículo 14 de nuestra Carta Magna respecto del menor español".*

En definitiva, este Juzgado entiende que el hecho de ser progenitor de un nacional español (aún a título de simple presunción) puede subsumirse en el concepto jurídico indeterminado relativo a las "circunstancias excepcionales" que se incluye en el art. 31.3. Ello es así, porque la inexistencia de la autorización reclamada conlleva unos evidentes perjuicios para el menor español (aún a título de simple presunción), en cuanto que ello supondría una medida de salida forzosa para un menor español o una desmembración de la unidad familiar.

Precisamente, resulta de interés en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 21 de septiembre de 2006, EDJ 2006/289327, en la que se anuló la denegación de la solicitud de la autorización de residencia y autorización de trabajo y residencia y exención de visado, puesto que tal acto administrativo implicaría una orden implícita de expulsión de su hijo menor (lo que violaría el principio de no expulsión de los nacionales) o, en su caso, una orden de desmembración cierta de la familia, lo que atentaría contra los principios de protección de los menores y de la familia.

Procede, en consecuencia, anular el acto impugnado y reconocer el derecho de la actora a obtener la autorización solicitada.

**SEXTO.**- En aplicación de lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede realizar un pronunciamiento específico en materia de costas.

974 224486



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**FALLO**

SE ESTIMA EL RECURSO 425/07 interpuesto por Doña María Luella, representada por Doña María Fernanda Pérez Serrano, Procuradora de los Tribunales contra la Resolución del Ilmo. Sr. Subdelegado del Gobierno en Huesca, de fecha 5 de octubre de 2007, reconociéndose el derecho a obtener la autorización interesada; sin costas.

Contra la presente Sentencia cabe interponer recurso de apelación, dentro del plazo de quince días contado a partir de su notificación, mediante escrito que reúna los requisitos contemplados en el art. 85 de la Ley Jurisdiccional.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada la presente fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de este Juzgado, que la dictó en la audiencia pública celebrada en el día de la fecha. Doy fe