

11
LDO. JAVIER CANIVELL FRADUA
c/ Hortado Amezaga nº 27 - 7º - Dpto 4 - Bilbao

08/02/12

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
1 DE BILBAO (BIZKAIA)(e)ko ADMINISTRATIOAREKIKO
AUZIETAKO 1 ZK.KO EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR 10-5ª PLANTA - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016702

N.I.G. / IZO: 48.04.3-11/002033

Procedimiento / Prozedura: Proced.abreviado / Prozedura laburtua 544/2011

Stamp: A 15
ZONA: BILBAO
DIA SEÑALADO: 2968-8
PROC. SR.

SENTENCIA Nº 30/2012

En BILBAO (BIZKAIA), a treinta y uno de enero de dos mil doce.

Vistos por la Ilma. Sra. D^a ALEJANDRA FRIAS LOPEZ, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de BILBAO (BIZKAIA) los presentes autos de Procedimiento Abreviado nº 344/2011 instados por el Letrado Don Javier Canivell Fradua, actuando en nombre y representación de Don [redacted] siendo demandada la Administración General del Estado, representada por la Abogada del Estado, sobre resolución de denegación de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales con autorización a trabajar por arraigo, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó demanda Contencioso-Administrativa contra la Resolución de fecha 19 de julio de 2011, del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el hoy recurrente contra la Resolución de fecha 22 de marzo de 2011, del Subdelegado del Gobierno por la que se acuerda denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales con autorización a trabajar por arraigo.

Admitida a trámite la demanda por las reglas del art. 78 y ss de la LJCA, reclamándose el expediente administrativo al órgano de que dimana la resolución recurrida y señalándose día y hora para la celebración del juicio.

SEGUNDO.- Tras los oportunos trámites procesales, se citó a las partes a la vista señalada para el día 23 de enero de 2012, la cual se celebró con la comparecencia de ambas partes, con el resultado que consta en el acta de juicio, quedando los autos conclusos y a la vista para dictar sentencia.

TERCERO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo

la Resolución de fecha 19 de julio de 2011, del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el hoy recurrente contra la Resolución de fecha 22 de marzo de 2011, del Subdelegado del Gobierno por la que se acuerda denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales con autorización a trabajar por arraigo por no cumplir con los supuestos determinados.

SEGUNDO.- Funda el recurrente su pretensión anulatoria de la resolución recurrida en haberse producido una indebida interpretación del artículo 45.2.a) del Reglamento de Extranjería (RD 2393/2004, de 30 de diciembre) al no haberse considerado por parte de la Administración que los antecedentes penales del actor en su país estaban cancelados pues así lo ordena el artículo 27 del Código Penal vigente en la República de Argentina. Aporta determinados documentos en el acto de la vista no impugnándolos la Abogada del Estado aunque sostiene que, por su fecha, debían haberse aportado durante la tramitación del procedimiento administrativo.

Por su parte, la Administración demandada, oponiéndose a la demanda, solicita la desestimación del recurso interpuesto por entender que la actuación impugnada es plenamente ajustada a Derecho.

TERCERO.- La resolución de este recurso depende del tratamiento que se le de a los documentos expedidos en la República de Argentina, en particular a la Certificación que, en fecha 21 de septiembre de 2011, expide la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, (con sello de "legalizado", certificación de pago de tasas y apostilla de La Haya por el Colegio Notarial de Mendoza), certificando que en fecha 1 de junio de 2009 "se procedió al archivo de la causa por cumplimiento de la condena impuesta, ordenándose el levantamiento de las inhabilitaciones anotadas".

En cuanto a los efectos en España de los documentos expedidos en el extranjero, podemos traer a colación la **STSJ del País Vasco 119/2009, de 18 de febrero**, en la cual se dijo lo siguiente:

"En el supuesto que nos ocupa la sentencia efectúa una valoración de la prueba practicada, en concreto la relativa a cómo se obtiene el certificado de antecedentes penales, y concluye que, en todo caso, debe aplicarse la normativa española. En concreto se refiere al art. 46.2.a) del RD 2393/2004 que establece:

2. En particular, para acreditar que se reúnen las condiciones establecidas para los supuestos de arraigo, la documentación aportada deberá ajustarse a las siguientes exigencias:

a) En caso de que el interesado fuera mayor de edad penal, deberá aportar certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco años anteriores a su entrada en España, en el que no deberán constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.

Aunque siempre puede cuestionarse la suficiencia argumentativa, es evidente que la sentencia se limita a constatar

que en el procedimiento no se ha aportado el certificado de penales correspondiente; siendo éste el núcleo central de la discusión, no puede sostenerse que la sentencia adolezca de motivación en términos generadores de indefensión para la parte.

TERCERO. - Según resulta del expediente administrativo a la recurrente se le requirió para que presentara "certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades de su país, traducido al castellano y previamente legalizado por la Embajada de España en su país y por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en Madrid" (f. 71). La recurrente presentó un escrito en el que interesa que se admita la documentación ya aportada.

En la demanda se sostiene que no resulta exigible un requisito de imposible cumplimiento.

Según resulta del expediente administrativo, y de las propias alegaciones de la parte, la Sra. Aurelia presentó un documento denominado "police character certificate" (f. 32). Este documento sin embargo no está legalizado. El art. 323 de la LEC establece:

Artículo 323. Documentos públicos extranjeros

1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 de esta Ley, 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

Según se expuso en un correo electrónico por el Consulado General de España en Lagos, que se aportó como documento núm. 5, el certificado de antecedentes penales en Nigeria se expide mediante la plasmación de las huellas dactilares del interesado, que debe comparecer personalmente, identificándose con el pasaporte y aportando una fotografía, estando prohibido taxativamente que el trámite se haga por correo, ni a través de embajadas o consulados. Y por ello para legalizar un certificado, debe constar que el certificado es legal, que el interesado ha comparecido personalmente ante su autoridad nigeriana.

En el supuesto que nos ocupa, en realidad, la propia parte recurrente argumenta que se le remitió un impreso desde su país

para impresión de huellas; lo volvió a remitir a Nigeria, y "las autoridades de mi país, legalizaron el citado documento incorporando el sello correspondiente". Lo que no consta es que se legalizara por el Consulado General de España en Lagos, o en definitiva, que se trate de un documento legalizado, y respecto del que pueda reconocerse su autenticidad en España.

En cuanto a la cita de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid, de fecha 10.9.07, debemos indicar que, hasta donde consta a la Sala, la posición del TSJ Madrid (STSJ 16.4.08-rec 77/08, STSJ 3.6.08-rec. 544/08) es contraria a la posición de dicho Juzgado. En concreto la STSJ 3.6.08-rec.ap.544/08 dice en su FJ-2: Esta Sala no comparte el pronunciamiento del Juzgado, que procede así revocar, por las razones que a continuación se exponen, concordantes en lo sustancial con las invocadas por el Abogado del Estado en su recurso de apelación.

De entrada, el art. 71 de la Ley 30/1.992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común no impone a la Administración ninguna obligación de información al interesado sobre el procedimiento a seguir en su caso, recayendo en el administrado la carga de utilizar el procedimiento previsto adecuado a su pretensión, que en orden a la obtención de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales exige ineludiblemente la presentación de un certificado de antecedentes penales legalizado.

En el caso que nos ocupa, el actor aportó, junto con su solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, y a los efectos de cumplir el requisito establecido, un certificado de antecedentes penales de la policía de Nigeria, legalizado por la Embajada de ese país en Madrid, traducido del inglés al español, en que figuraba que no constaba tuviera ninguna condena registrada en Nigeria en su contra, documento que no fue considerado suficiente por la Administración para tener por cumplido el requisito, por no estar expedido en legal forma según la práctica vigente en el país de origen del documento y no estar legalizado por vía diplomática.

Entendemos que, efectivamente, el certificado de antecedentes penales aportado adolece de dos defectos: el primero, que no está legalizado en vía diplomática por el Consulado Español en el país en que se expidió y posteriormente por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, requisito necesario al no ser Nigeria país signatario del Convenio de la Haya de 5 de Octubre de 1.961, y que no es sustituible por su legalización por la Embajada de Nigeria en Madrid; y el segundo, que no consta otorgado o confeccionado observando la normativa de Nigeria; debiendo de recordarse a estos efectos que, conforme a lo dispuesto en los arts 217 y 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el derecho extranjero debe de ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, incumbiendo al actor probar los

hechos y en este caso también el Derecho extranjero en que funda su pretensión.

Así pues, resulta que por la parte actora no se ha acreditado de forma suficiente que no exista norma alguna que regule el procedimiento para expedir los certificados de antecedentes penales en Nigeria, y menos aún que pueda expedirse tal certificado en la forma en que lo ha sido el presente.

Es evidente que el certificado de antecedentes penales que aporta el actor ha tenido que ser expedido en Nigeria sin la toma personal de huellas simultánea por las autoridades policiales de aquél país que lo expiden, ya que no consta que el actor haya viajado a Nigeria, no presentando sellos de entrada y salida de España en su pasaporte; más aún, se ignora la forma en que han sido tomadas y cotejadas las huellas dactilares que se acompañan al certificado policial negativo de antecedentes penales, que tampoco consta se hayan tomado ante Notario y enviadas a la Comisaría de Nigeria para su verificación antes de expedir el certificado.

Por todo lo expuesto, no constando que el certificado de antecedentes penales aportado por el actor se haya otorgado observando los requisitos exigidos por la legislación del país donde se expide, y careciendo de la correspondiente legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, no puede ser considerado suficiente para acreditar el requisito de carecer el solicitante de antecedentes penales en su país de origen que exigen los arts. 45.2.b) y 46.2.a) del Real Decreto 2393/2.004 de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2.000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, e Instrucción II, apartado c.2 de la Dirección General de Inmigración de fecha 22.6.2005, para conceder la autorización de residencia solicitada, siendo así que además lo razonado es coherente con lo establecido en el art. 323.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige que para que los documentos públicos extranjeros, en ausencia de tratado o convenio internacional o ley especial, puedan ser considerados como tales, reúnan los siguientes requisitos: 1º) que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio, y 2º) que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

El supuesto es similar al que nos ocupa, compartiendo la Sala el criterio expuesto en dichas sentencias.

Debemos añadir que junto con el escrito de interposición del recurso se aportó un nuevo documento "police character certificate" de 22 de octubre de 2007, y se emitió informe por el Ministerio Fiscal, contrario a la estimación del recurso de apelación. En todo caso, debemos señalar que se trata de un documento que se aporta junto con el escrito de interposición del recurso de apelación, por lo que obviamente no pudo ser valorado

ni durante el procedimiento administrativo, ni siquiera con anterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, por lo que no puede entenderse como cumplimiento del requerimiento de subsanación efectuado con fecha 30.11.06, en el trámite administrativo que finaliza con la resolución administrativa impugnada. Debemos indicar que el ámbito del recurso de apelación permite al Tribunal ad quem la valoración de la prueba practicada en el proceso de instancia, pero sólo a partir del cumplimiento por la parte apelante de la carga de mostrar la infracción del derecho de la prueba que pudiera haberse padecido por el órgano jurisdiccional de instancia al determinar el resultado probatorio, como se recuerda, entre otras, en STSJPV 16.2.07 (rec. Ap. 377/06), con cita STS 24.11.87, 5.12.88, 15.12.98 etc. Según se indica por la propia parte apelante cuando se solicitó la autorización se exigía la presencia física de la interesada en Nigeria, para la compulsión, aunque "no es menos cierto que en la actualidad no es así". En todo caso, el ámbito del presente recurso de apelación no puede sino circunscribirse a la solicitud formulada en su día, al procedimiento seguido y a la sentencia de primera instancia.

Debemos añadir que no se comparte el argumento relativo a la discriminación que frente a ciudadanos de otros países de África, o a las "economías más pobres frente a las economías más ricas", lo que supone la vulneración del art. 14 de la CE. Mucho más limitadamente se trata de aplicar la normativa relativa a los documentos públicos, y no podría llegarse a la conclusión de que los ciudadanos nigerianos no estén sujetos a la misma, o estén excluidos de la exigencia prevista en el art. 46.2.a) del RD 2393/2004, dadas las dificultades que plantea o planteaba la legalización de estos documentos necesaria para su autenticidad en España."

CUARTO.- En el caso de autos, examinando el expediente administrativo, las alegaciones del recurrente y la documentación aportada en el acto de la vista se aprecia que los documentos cuestionados son expedidos en la República de Argentina, certificando, en fecha 21 de septiembre de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, (con sello de "legalizado", certificación de pago de tasas y apostilla de La Haya por el Colegio Notarial de Mendoza) que en fecha 1 de junio de 2009 "se procedió al archivo de la causa por cumplimiento de la condena impuesta, ordenándose el levantamiento de las inhibiciones anotadas". Y estos documentos obran en términos muy similares en los folios 19 a 24 del expediente administrativo. Consta igualmente en los folios 51 y 52 del expediente certificación del Consulado de la República Argentina en Madrid sobre el tenor literal del artículo 27 del Código Penal vigente en la República Argentina, conforme al cual "La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito..."

La República Argentina suscribió el XII Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de 5 de octubre de 1961, reconociendo por consiguiente la autenticidad de los Documentos, Títulos y/o Diplomas que se han expedido en otros países y que lleven dicha Apostilla, debiendo otorgarles en este caso la eficacia probatoria prevista en el artículo 319 de la LEC 1/2000 .

A la vista de lo anterior debe estimarse el recurso interpuesto anulando la resolución recurrida, reconociendo al recurrente el derecho a la obtención de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

QUINTO.- No se infieren motivos para hacer una expresa condena en costas, art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **debo estimar y estimo el recurso Contencioso-administrativo** interpuesto por el Letrado Don Javier Canivell Fradua, actuando en nombre y representación de Don _____ contra la Resolución de fecha 19 de julio de 2011, del Subdelegado del Gobierno en Bizkaia, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el hoy recurrente contra la Resolución de fecha 22 de marzo de 2011, del Subdelegado del Gobierno por la que se acuerda denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales con autorización a trabajar por arraigo. Declaro la disconformidad a Derecho de la resolución impugnada y en consecuencia la anulo, reconociendo al recurrente el derecho a la obtención de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Sin hacer expresa condena en costas.

Notifíquese a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma **cabe interponer recurso de apelación** que podrá interponerse ante éste Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación; para la admisión a trámite de dicho recurso será imprescindible que simultáneamente a su presentación se acompañe el justificante de haber realizado un depósito de 50 euros en la cuenta de éste Juzgado (Nº 4765 0000 94 0344 11).

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