



Roj: STSJ BAL 1095/2011
Id Cendoj: 07040330012011100712
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 289/2011
Nº de Resolución: 737/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

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

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00737/2011

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 289 de 2011

AUTOS JUZGADO Nº 445 de 2009

SENTENCIA

Nº 737

En la ciudad de Palma de Mallorca a siete de octubre de dos mil once.

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 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante, **Dª Amalia**, representada por la Procuradora Dª Concepción Zaforteza Guasp y defendida por la Letrada Dª Dolores Puertas Puyol; y como parte apelada **la Administración General del Estado (Delegación del Gobierno en Illes Balears)** representada y asistida por el Abogado del Estado:

Constituye el objeto del recurso la resolución dictada por el Delegado del Gobierno en Illes Balears el 3 de julio de 2009, mediante la cual se denegaba la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales (arraigo social) interesada el 15 de octubre de 2007.

La Sentencia nº 518/2010, de 15 de diciembre, dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, desestimó el recurso contencioso administrativo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia número 518 de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 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:

"Que DESESTIMO el recurso interpuesto por la Letrada D^a. Dolores Puertas Puyol, en nombre y representación de DOÑA Amalia , contra la Resolución identificada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, que se confirma, sin perjuicio del derecho de la actora a instar nueva solicitud de acuerdo con las circunstancias actualmente concurrentes y sin hacer expreso pronunciamiento condenatorio sobre las costas procesales."

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la Administración demandada, 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 7 de octubre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La actora y aquí apelante, D^a Amalia , ciudadana argentina, solicitó el 15 de octubre de 2007 a la Administración General del Estado, la concesión de una autorización de residencia temporal inicial, sin marcar la casilla de "circunstancias excepcionales".

Junto con el formulario, aportó una fotocopia de su pasaporte, un certificado de empadronamiento en el Ayuntamiento de Palma con fecha de alta (cambio de domicilio) el 13 de julio de 2007, una copia del Libro de Familia, en el cual figura el matrimonio contraído el 30 de septiembre de 2005 en Algaida (Mallorca) con D. Jose Manuel (ciudadano argentino), y el nacimiento de un hijo común, Santino, el 13 de mayo de 2006; certificación literal de nacimiento del menor expedida por el Registro Civil de Palma, con nota marginal de la presunción de nacionalidad española del niño desde el 16 de diciembre de 2006 y una fotocopia del DNI español del menor.

El Delegado del Gobierno en Illes Balears, el 15 de octubre de 2007 acordó la inadmisión a trámite de la solicitud, al calificarla como "carente de fundamento", por no desprenderse de los documentos aportados ni la permanencia continuada en España durante el tiempo normativamente exigido, ni tampoco los requisitos de arraigo.

Esta resolución administrativa fue recurrida ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (PA nº 340/07 del Juzgado de lo Contencioso nº 3 de Palma), dictándose Sentencia nº 24/1008, de 5 de junio , estimatoria del recurso, ordenando a la Administración demandada a tramitar la solicitud ya que la interesada es progenitora de un menor de edad de nacionalidad española, circunstancia que debe tenerse en cuenta como excepcional. Esta Sentencia fue confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears en su Sentencia nº 153/2009, de 27 de febrero .

El 3 de julio de 2009 (según la resolución aportada con el escrito de interposición y 24 de noviembre de 2009 de acuerdo con la obrante al expediente), el Delegado del Gobierno en Illes Balears, en ejecución de la Sentencia mencionada, acordó la admisión a trámite y desestimación de la solicitud, al no apreciar que la solicitante hubiese acreditado haber permanecido en España tres años antes, sin apreciar que la existencia de un hijo menor de edad español fuese circunstancia excepcional bastante.

La sentencia apelada confirmó la resolución impugnada, desestimando el recurso contencioso, al considerar que la denegación de la autorización inicial para residir en España era procedente, al no constarle suficientes circunstancias de arraigo laboral.

En el escrito de interposición del recurso de apelación, la actora manifiesta que es madre de un menor de nacionalidad española, lo cual se debe tener en cuenta como circunstancia relevante para conceder el permiso.

La representación de la Administración del Estado pretende la confirmación de la Sentencia apelada y de la resolución administrativa impugnada.

SEGUNDO. 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, en cuanto no cumple con los requisitos, dentro del *artículo 45.2.b) del Real Decreto 2393/04* , el cual no fue indicado de forma expresa por la ciudadana extranjera ahora apelante en la solicitud presentada ante la Delegación del Gobierno en Illes Balears el 17 de octubre de 2006 (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".

El caso que aquí se examina, como todos ya aceptan, no encaja en el *artículo 45.2.b) del Real Decreto 2393/04* .

Sin embargo, el interés del menor, por no poder ser obligado a salir de España, directa o indirectamente, por necesitar a su madre y por todo cuanto, además, sencillamente, pudiera señalarse, en definitiva, bien puede ser en el caso el interés más digno de proteger, bien puede ser también que los poderes públicos se encuentren obligados en una u otra medida a protegerlo, pero, aún así, no es un interés público sino privado -*artículo 39* de la Constitución, en relación con el *artículo 11.2 de la Ley 1/96* y *artículos 110,143 y 154 del Código Civil* .

El *artículo 31.3. de la Ley 4/00* se refiere a las situaciones de arraigo, concretadas en el *artículo 45.2 del Real Decreto 2393/04* , y se refiere igualmente a las razones de colaboración con la Justicia, concretadas en el *artículo 45.5 del Real Decreto 2393/04* , pero ni esa concreción es agotadora ni se encuentra impedido 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 4/00* , precisamente con fundamento en la supremacía del interés de Santino.

En el momento de resolver la solicitud, la Administración conocía la existencia de un hijo menor de nacionalidad española, ya que su nacimiento se puso de manifiesto en el expediente por la propia actora.

En el modelo de solicitud empleado por la actora, que es el facilitado por la Administración, disecciona los supuestos de acceso previstos en el *artículo 45.2, 3, 4 y 5 del Real Decreto 2393/04* , pero también contiene un último apartado denominado "Otros".

Ciertamente, el *artículo 45.1 del Real Decreto 2393/04* anuda la concesión de la autorización a "los supuestos determinados en este artículo", pero esos no son sino los de los apartados dos a cinco .

Todos esos apartados figuran desplegados en el modelo de solicitud, modelo en el que, sin embargo, figura igualmente, como ya hemos dicho, el apartado "Otros". Y esos "otros" supuestos tampoco cabe entenderlos ceñidos a los contemplados en el *artículo 94* y en la *Disposición Adicional Primera, apartado 4, del Real Decreto 2393/04* .

Ante la ausencia de impedimento para la aplicación directa del *artículo 31.3 de la Ley 4/00* , que es lo que pudo y debió hacer la Administración al resolver la solicitud de la Sra. Amalia , y ello, precisamente, con fundamento en la supremacía del interés de su hijo menor nacido en España el 13 de mayo de 2006. La solicitud debió ser atendida, concediendo la autorización interesada.

Por los argumentos arriba expuestos, debe revocarse la sentencia apelada, procediendo la estimación de la demanda, al no ser adecuado al ordenamiento jurídico el acto administrativo recurrido.

TERCERO. Conforme a lo previsto en el *artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al estimarse el recurso de apelación, no procede imponer las costas causadas en la presente apelación a ninguna de las partes.

En atención a lo expuesto:

FALLAMOS

PRIMERO. Estimamos el recurso de apelación presentado contra la sentencia número 518 de 2010, de 15 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Palma de Mallorca, la cual se revoca.



SEGUNDO. Estimamos el recurso contencioso administrativo por no ser conforme a derecho el acto administrativo impugnado, anulándolo en cuanto a la denegación de la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales.

TERCERO . Sin imposición de costas.

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 la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez, que ha sido ponente en este tramite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ