

26/11/2013

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN(E)KO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 3 ZK.KO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 2-3º PLANTA - C.P./PK: 20012

Tel.: 943-00.07.79
Fax: 943-00.43.69

N.I.G. P.V./ IZO EAE: 20.05.3-13/000833
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :20.069.45.3-2013/0000833
Proced.abreviado / Prozedura laburtua 285/2013

Demandante / Demandatzailea:
Representante / Ordezkaría:

Administración demandada / Administrazio demandatua: SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO EN GIPUZKOA - EXTRANJERIA
Representante / Ordezkaría:

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:
RESOLUCIÓN DE 21 DE JUNIO DE 2013 DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA

KOPIA DA / ES COPIA

SENTENCIA Nº 286/2013

En DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN, a dieciocho de noviembre de dos mil trece.

El Sr. D. CARLOS COELLO MARTÍN, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 285/2013 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE 21 DE JUNIO DE 2013 DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA.

Son partes en dicho recurso: como recurrente _____ representado y dirigido por el Letrado MIKEL MAZKIARAN LÓPEZ DE GOIKOETXEA; como demandada SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO EN GIPUZKOA - EXTRANJERIA, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- RECURSO Y OBJETO.

1.- El Letrado **Sr. MAZKIARAN LÓPEZ DE GOIKOETXEA** actuando en nombre y representación de **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** interpuso el 6 de septiembre de 2013 recurso contencioso-administrativo contra la **Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Gipuzkoa por la que se denegaba la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales deducida al amparo del artículo 196.1 del Reglamento de la LOEX de 2011.**

SEGUNDO.- REPARTO, ADMISIÓN DEL RECURSO Y SEÑALAMIENTO PARA VISTA.

1.- Turnado que fue correspondió a este Juzgado dando origen al **recurso 285/2013.**

2.- Se admitió a trámite la demanda, se reclamó el expediente administrativo y se emplazó a las partes para la celebración de la vista el 12 de noviembre de 2013.

TERCERO.- CELEBRACIÓN DE LA VISTA.

1.- Se celebró el juicio el señalado **12 de noviembre de 2013 compareciendo la parte actora personalmente y asistida por el Letrado Sr. MAZKIARAN LÓPEZ DE GOIKOETXEA.**

2.- La demandada compareció representada en la forma prevenida en el artículo 24 de la LJCA representada por la Abogacía del Estado.

3.- La parte actora se ratificó en su escrito de demanda y formuló aclaraciones complementarias.

4.- La representación procesal de la Administración demandada interesó la desestimación de la demanda por las razones que a su derecho pluguió.

5.- Consta unido a las actuaciones el soporte audiovisual de la grabación del juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO LA PRETENSIÓN SOLICITADA.

1.- La actora interesa la estimación del recurso y que se anule la resolución impugnada y se *“declare el derecho de mi mandante a la obtención de una autorización de residencia temporal en base al artículo 196 del RD 557/2011 con efectos desde la puesta a disposición de los servicios de protección, es decir, desde el 18 de marzo de 2012”*.

2.- La causa de la denegación de la solicitud no fue otra que entender que no había transcurrido nueve meses desde que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección según la interpretación que realiza del artículo 196.1 del Reglamento de la LOEX de 2011.

SEGUNDO.- MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.

1.- La actora funda su recurso en los siguientes motivos de impugnación: que la denegación de la autorización de residencia se basa en que no había transcurrido nueve meses desde que el menor había sido puesto a disposición de los servicios de protección según la interpretación que realiza del artículo 196.1 del Reglamento de Extranjería de 2011.

1.1.- Esta interpretación, a juicio del actor, responde además al criterio de Fiscalía de Menores y de la Recomendación 91/2008 de 29 de septiembre sobre el procedimiento que debe aplicar la entidad pública de protección de los menores, que sostienen que el plazo de 9 meses no es un plazo *“a quo”* sino como un plazo máximo que no ha de ser agotado.

1.2.- El letrado de la actora invoca expresamente las conclusiones de los Fiscales delegados en materia de extranjería en diversos encuentros anuales, entre las que se encuentra la decimosexta conclusión.

1.2.1.- Esta CONCLUSIÓN Nº 16 señalaba: *En todos los casos en los que se dicte por el Fiscal de Extranjería decreto de determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados, al amparo del art, 35 de la LEX deberá establecerse una inmediata comunicación con el Fiscal Delegado de Menores a los efectos de cumplimiento del Oficio de fecha 24 de abril de 2008 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores conforme al cual por parte del Fiscal Delegado de Menores habrá de instarse de la Administración Pública que asumió la tutela de menor, la activación de la tramitación de su documentación sin esperar ni permitir que se espere de forma automática al plazo de nueve meses previsto en el art. 92.5 del REX, que debería operar como límite máximo y no como término "a quo".*

1.2.- Invoca expresamente, además, la STJM de 24 de septiembre de 2010.

1.3.- Con fecha 3 de octubre de 2012 solicitó autorización de residencia al amparo del artículo 196.1 del Reglamento de la Ley de Extranjería en relación con el artículo 35.7 de la LOEX.

TERCERO.- DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.-

1.- Según consta en el expediente el actor interesó en instancia del 3 de octubre de 2012 la autorización de residencia. Se trata de un *menor no acompañado* cuya tutela había correspondido a la Diputación Foral de Bizkaia mediante Orden Foral 25343/2012 de 9 de mayo, interesando a la sazón la autorización de residencia inicial del adolescente con efectos del 18 de marzo de 2012.

1.1.- El expediente fue trasladado de Bizkaia a Gipuzkoa.

2.- Mediante oficio del 11 de marzo de 2013 por el servicio de extranjería se interesaba que se acreditara documentalmente haber estado tutelado por la DF durante 9 meses (vide folio 35 del expediente).

3.- Por Orden Foral 1350/2013 de 10 de enero se acordaba el cese de la tutela por mayoría de edad (vide folios 39 y ss. del expediente).

4.- El actor, ingresó en el centro de menores el 18 de marzo de 2012 y sale del mismo el 23 de octubre de 2012 al cumplir la mayoría de edad.

4.1.- La petición está articulada el 3 de octubre de 2012 cuanto el actor era a la sazón menor de edad.

4.2.- No consta que la resolución haya sido notificada al Ministerio Fiscal.

CUARTO.- La cuestión a la que se contrae este recurso, es determinar si la petición efectuada al amparo del artículo 196 del Reglamento de la LOEX de 2011 es o no ajustada a derecho.

1.- Como veremos es una cuestión interpretativa que deriva de la introducción de un plazo inexistente en el artículo 35 de la LOEX – ni siquiera con la reforma de la LOEX de 2009- , en el apartado 7 del artículo 92 del Reglamento de la LOEX de 2004 y que cuenta con una nueva redacción en el artículo 196.1 del Reglamento de 2011.

2.- El vigente artículo 35 de la L.O 4/2000 señala:

5. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.

6. A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen.

Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

7. Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.

8. La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo.

9. Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad.

10. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado.

11. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados.

Cada convenio especificará el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad correspondiente, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los mismos.

Estará legitimada para promover la constitución de la tutela la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentre el menor. A tales efectos, deberá dirigirse al juzgado competente que proceda en función del lugar en que vaya a residir el menor, adjuntando el convenio correspondiente y la conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela.

El régimen de la tutela será el previsto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, serán aplicables a los menores extranjeros no acompañados las restantes previsiones sobre protección de menores recogidas en el Código Civil y en la legislación vigente en la materia.

12. Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración.

2.1.- Se refiere a la consideración como regular a todos los efectos de la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública y al otorgamiento a instancia del organismo que ejerza la tutela y "*una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen*", de una autorización de residencia a su favor que es la que establece el artículo 35.7 de la LOEX.

3.- Ciertamente es, como señala el actor que la petición de autorización se articuló al amparo del artículo 196 del Reglamento de la LOEX dado que el recurrente no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 197 y del artículo 198 del Reglamento de la LOEX de 2011. En el primer supuesto por cuanto el menor no acompañado no era titular de la autorización de residencia, que es el objeto de este recurso, y en el segundo caso, el del artículo 198 del Reglamento, que cuando el hogaño recurrente la solicita era menor de edad.

3.1.- Baste señalar, además, que la petición del menor no acompañado del artículo 196 del Reglamento de la LOEX tiene severas diferencias con el artículo 197 y 198 del Reglamento de 2011 (Vide STSJ Cataluña de 28 de mayo de 2013, (ROJ STJCAT 7817/2013); STSJ, Contencioso sección 1 del 15 de Mayo del 2013 (ROJ: STSJ GAL 3890/2013) Recurso: 140/2013 Ponente: JOSE RAMON CHAVES GARCIA) y STSJ, Contencioso sección 1 del 28 de Febrero del 2013 (ROJ: STSJ AR 149/2013) Recurso: 132/2011 Ponente: JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR).

3.2.- Las otras cuestiones atinentes al sujeto legitimado para promover la petición de autorización del artículo 196 del Reglamento cabe señalar que la Administración demandada no la ha incoado de oficio sino a instancia de parte, en el momento de deducir la petición el hogaño recurrente era menor de edad pero mayor de 16 años, y la administración

hogaño demandada incoó el expediente sustituyendo las previsiones del apartado 2 del artículo 196 del Reglamento de la LOEX de 2011.

3.3.- En cualquier caso cuando el peticionario interesa la expedición de autorización en su instancia del 3 de octubre de 2012 era menor de edad (vide folios 3 y ss. del expediente administrativo).

QUINTO.- Ha estimarse el recurso entendiendo que de la redacción del vigente artículo 35 de la LOEX y del artículo 196 del Reglamento de la LOEX de 2011 cabe colegir que en una interpretación de la norma reglamentaria ha de entenderse que el plazo indicado , como señalan los fiscales delegados en materia de extranjería en sus conclusiones ha de entenderse que *debea operar como límite máximo y no como término "a quo*, por lo que, siendo esta la única causa de denegación de la autorización interesada al amparo del artículo 196 del Reglamento de Extranjería de 2011 - y sin perjuicio de las consecuencias derivadas de los límites temporales del propio artículo 196 y de las consecuencias derivadas de los artículos 197 y 198 del Reglamento- ha de estimarse el recurso.

SEXTO.- Concurren las circunstancias previstas en el artículo 139 de la LJCA para la no imposición de costas.

FALLO:

Primero.- Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo deducido por el actor, anulando la resoluciones impugnadas.

Segundo.- Que se reconoce el derecho a obtener la autorización de residencia interesada al amparo del artículo 196 del Reglamento de la LOEX.

Tercero.- Sin imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 3834 0000 94 0285 13 código de recurso 20, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.