

Id Cendoj: 28079230042009100437
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 272/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: ERNESTO MANGAS GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diez de junio de dos mil nueve.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) ha pronunciado la siguiente Sentencia en el

recurso contencioso-administrativo núm. 272/08, interpuesto por D^a. Carolina , representada por el Procurador

D. Santiago Tesorero Díaz y defendida por la Letrada D^a. Margarita Palos Nadal, contra la resolución adoptada con fecha de

27/03/2008 por la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, sobre solicitud de autorización de residencia temporal;

habiendo sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por la Abogacía del

Estado. Cuantía: Indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. ERNESTO MANGAS GONZALEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha de 15/01/2008, D^a Carolina , de nacionalidad cubana, presentó en la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares escrito, con sus documentos anexos, en solicitud de "autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales no contempladas en el Reglamento de Extranjería", de conformidad con lo establecido en el *art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000* , ante la circunstancia de ser ascendiente de menor de nacionalidad española.

La autorización de residencia temporal así solicitada fue remitida a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, como órgano competente para su resolución, la que fue adoptada por dicho órgano administrativo con fecha de 27/03/2008 [firmada por la Directora General de Inmigración, en virtud de delegación de firma conferida mediante Resolución de 24/03/2008], en el sentido de denegar la autorización individual de residencia solicitada.

SEGUNDO: Con fecha de 20/06/2008, el Procurador de los Tribunales D. Santiago Tesorero Díaz, actuando en nombre y representación de D^a Carolina , interpuso ante la Delegación de Decanato de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo recurso contencioso-administrativo, que fue turnado al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 9 [Procedimiento Abreviado nº 219/08], frente a la mencionada Resolución de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración de fecha de 27/03/2008. Cuyo Juzgado, mediante providencia de 18/07/2008 dispuso que, antes de decidir sobre la admisión a trámite del recurso jurisdiccional interpuesto, se oyera a las partes y al Ministerio Fiscal por el plazo común de diez días sobre competencia. Tras las alegaciones presentadas por la parte actora, por el Abogado del

Estado y por el Ministerio Fiscal, se dictó auto de fecha 23/09/2008, declarando la falta de competencia del Juzgado para conocer del recurso, y acordando la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con emplazamiento de las partes.

TERCERO: Recibidas las actuaciones en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, fueron remitidas para su sustanciación a la Sección Cuarta [Recurso contencioso-administrativo nº 272/08], que mediante providencia de 03/11/2008 admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo, al que se le dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta jurisdicción, con reclamación del expediente administrativo, Recibido el cual, se confirió traslado a la parte actora para la formalización de la demanda, lo que efectuó por escrito en el que, después de alegar lo hechos y los fundamentos derecho correspondientes, terminó solicitando:

«1. Que se declare el derecho de la actora Doña Carolina a la nulidad de la resolución administrativa recurrida por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente, declarando que la competencia para estos supuestos es de la Delegación del Gobierno en Illes Balears, y se ordene a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración la devolución del expediente administrativo a la Delegación del Gobierno de Illes Balears para su resolución y concesión. 2. De no considerarse la incompetencia alegada, y alternativamente, solicitamos se declare el derecho de la actora Doña Carolina a que sea declarada nula la resolución administrativa recurrida, de denegación de la solicitud de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales y, en consecuencia, se declare el derecho de mi representada a que le sea concedida por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración la autorización de trabajo y residencia por concurrencia de circunstancias excepcionales, por la integración del supuesto que planteamos en el *art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000* y en el *art. 45-5 del RD 2393/2004*, al tratarse de una ascendiente de menor de **edad** de nacionalidad española.»

De la demandada se dio traslado al Abogado del Estado para la contestación a la misma, lo que efectuó mediante escrito presentado con fecha de 09/02/2009, en el que después de alegar lo hechos y los fundamentos derecho correspondientes, terminó solicitando la desestimación del recurso contencioso-administrativo, por entender que la resolución impugnada es conforme a derecho.

CUARTO: Mediante auto de 10/02/2009 se fijó la cuantía del proceso como indeterminada, y se recibió el proceso a prueba. Practicada la propuesta por la parte actora, consistente en el expediente administrativo, y formalizado por las partes el trámite de conclusiones, mediante providencia de 05/05/2009 se señaló para votación y fallo el día 03/06/2009, fecha en la que tuvo lugar, quedando el recurso contencioso-administrativo visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Objeto del recurso contencioso-administrativo.

Es objeto de impugnación [*art. 25, Ley 29/1998*] la Resolución dictada con fecha de 27/03/2008 por la Dirección General de Inmigración, por delegación de firma de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración [*art. 16, Ley 30/1992*], por la que se desestima la solicitud de autorización individual de residencia temporal, efectuada por D^a. Carolina mediante escrito presentado con fecha de 15/01/2008, en base a la *disposición adicional primera, apartado 4, in fine, del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000*, aprobado por *Real Decreto 2393/2004*.

Dicha desestimación se basa, sustancialmente, en las siguientes razones:

a) Que desde la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad mediante la *Ley 51/1981, de 13 de julio*, las dudas han venido solventándose en base a la interpretación del derecho extranjero, a efectos, como así se pone de manifiesto en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de marzo de 2007, de la aplicación del título de atribución de nacionalidad iure soli [*art. 17, C. Civil*], con objeto de evitar que los nacidos en España devengan en apátridas.

b) Que el *art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000* determina que la Administración puede conceder autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, siendo desarrollado cuyo precepto por el *art. 45 de su Reglamento [Real Decreto 2293/2004]*, "debiendo señalarse que son múltiples las circunstancias en él reguladas y que todas ellas responden a situaciones determinadas y diversas que se consideran de necesaria [y] especial protección, estableciendo no obstante dicho *Reglamento, en su disposición adicional primera, 4*, in fine, que el Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en el mismo Reglamento".

c) Que las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales previstas en el *art. 31.3 de la mencionada Ley Orgánica y 45 de su Reglamento* "suponen reflejo de una clara conexión establecida en la norma reglamentaria entre esta figura jurídica y la concurrencia de una situación en la que se dan motivos suficientes para justificar la no exigibilidad del visado de residencia".

d) Que si bien la consideración de la concurrencia de esos motivos en un determinado supuesto requiere a veces de un análisis individualizado del mismo, "con carácter orientativo general (...) ha de apreciarse la no concurrencia de motivos suficientes cuando la tramitación y, en su caso, concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales tenga como único objetivo la no exigencia del requisito del visado de residencia previo".

e) Que, por lo tanto, "el solo hecho de ser progenitora de un menor de **edad** nacido en España o español no es por sí mismo razón suficiente para acreditar que concurren motivos suficientes para la aplicación de la *disposición adicional primera, 4, in fine, del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000* (...), sin perjuicio de que un análisis individualizado del supuesto pudiera llevar a determinar que dicha circunstancia, unida a otras (que no constan en el caso de referencia), sí pudiera motivar y justificar la necesidad de permanencia en España".

f) Que a fin de mostrar un ejemplo de la posición jurisprudencial sobre las desvinculación entre la patria potestad sobre un menor español por parte de un extranjero extracomunitario y la documentación de dicho progenitor conforme a la normativa de extranjería, se señala que, en sentencia de fecha 14 de enero de 2008, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha resuelto, en apelación, denegar la tarjeta del familiar de residente comunitario solicitada por un ciudadano nacional de un tercer país alegando ser padre de una menor nacida en España y a la que mediante auto de 6 de mayo de 2005 se le había concedido por el Registro Civil correspondiente a su lugar de residencia la presunción de nacionalidad española de origen desde su nacimiento. Que en dicha sentencia se alude concretamente a otras del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, número 184/06 , y del Tribunal Supremo, de 7 de septiembre de 2006 , en las que se acordó la concesión de la tarjeta de familiar de residente comunitario a un extranjero que alegaba ser progenitor de menor español con simple presunción de nacionalidad, en las que no puede obviarse la concurrencia de otras circunstancias adicionales, como son, respectivamente, que el otro progenitor era de nacionalidad española estando la relación de convivencia de ambos progenitores del menor legalmente inscrita y reconocida, o que el menor de nacionalidad española adolecía de una importante minusvalía.

g) Que para considerar fundamentada la documentación del extranjero padre o madre de menor español, bien mediante una tarjeta de régimen comunitario, bien mediante una autorización de residencia temporal de carácter excepcional, han de concurrir otras circunstancias excepcionales en el caso de dicho extranjero, que lo justifiquen, adicionalmente a su condición de progenitor de menor español, lo que no consta en el caso de referencia.

h) Que a pesar de la no concurrencia de motivos excepcionales suficientes, en este supuesto, que posibiliten la concesión de la autorización solicitada, sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad sobre el menor, la normativa vigente en materia de extranjería contempla otras posibilidades de regularizar la situación de los extranjeros que se encuentren en España desprovistos de autorización de residencia, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente para ello, lo que no consta en el expediente de referencia.

SEGUNDO: Planteamiento del recurso contencioso-administrativo.

1. Como primer motivo de impugnación, la parte actora sostiene la falta de competencia de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración para la resolución de la solicitud hecha en vía administrativa por la demandante, por considerar que la competencia para ello corresponde a la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares. Para ello se apoya en sendas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, adjuntas a la demanda, en las que viene a considerarse deferida la competencia a dicha Delegación del Gobierno, de conformidad con el *apartado 1 de la Disposición Adicional Primera del Reglamento* aprobado por *Real Decreto 2393/2004* .

2. Como motivos de impugnación de fondo, la parte actora sostiene:

a) Que es ascendiente de un menor de **edad**, nacido en Madrid el 11/04/2007, de nacionalidad española, sobre el que ostenta la patria potestad [Juan Manuel , D.N.I. NUM000] .

b) Que la nacionalidad española de origen del menor ha sido declarada con valor de simple presunción, mediante Resolución del Encargado de Registro Civil de Madrid [Expte. NUM001], anotada al margen de la inscripción de nacimiento del menor.

c) Que la resolución administrativa impugnada vulnera el *art. 14* de la Constitución Española respecto del menor español implicado, además del derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar del menor.

d) Que la excepcionalidad de la situación de la demandante se la otorga su condición de ascendiente de nacionalidad española.

e) Que en el *Real Decreto 864/2001* , bajo la figura de la "exención de visado", se recogía el supuesto de los "extranjeros que acrediten ser **ascendientes** directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea menor, resida en España y viva a sus expensas" [*art. 49.2 f*]).

f) Que, actualmente, el ser ascendiente de un menor español es una circunstancia no recogida en la denominada legislación de extranjería y, por tanto, no incluida en el Reglamento, pero esto no significa, como ya han establecido varios pronunciamientos judiciales, que no pueda incluirse entre los supuestos del *art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero* .

g) Que los preceptos constitucionales de protección de la familia y del menor deben primar ante cualquier otra consideración, procurando las Administraciones Públicas el cumplimiento del deber de procurar alimentos por parte de los progenitores para con sus hijos y el derecho del menor de nacionalidad española, pues de no ser así, y por tratarse de un menor de nacionalidad española, se conculcaría el principio de igualdad del menor.

h) Que, como circunstancias de arraigo en territorio español, la actora ha establecido vínculos familiares, sociales y económicos estables en el país, que son los que pueden resultar perjudicados en el caso de que tenga que subsistir sin documentación o tuviera que llegar a abandonarlo.

2. La Abogacía del Estado opone:

a) Que la competencia para resolver corresponde a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, dada la solicitud planteada por la interesada y lo establecido en la *disposición adicional primera, 4, in fine, del Real Decreto 2393/2004* .

b) Que la circunstancia de ser madre de un menor español no es por sí misma razón suficiente para otorgar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, como resulta de la cita jurisprudencial que la resolución impugnada recoge.

c) Que concurriendo en el presente caso circunstancias que permitirían la regularización de la actora por vía distinta de la utilizada, pero que no se han acreditado documentalmente, no es procedente estimar la pretensión de la contraparte, puesto que la vía procedimental prevista en la *disposición adicional primera, 4, in fine, del Real Decreto 2393/2004* se utiliza para cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento.

TERCERO: Planteado en tales términos el recurso jurisdiccional, cabe hacer las siguientes consideraciones.

1. Al efectuar la solicitud de autorización de residencia temporal, la actora no invocó la concurrencia de circunstancias de arraigo laboral, social o familiar [*art. 45.2, a), b) y c), del Real Decreto 2393/2004*], sino la circunstancia de ser "ascendiente de español", lo que impide alegar, como motivo de impugnación de la resolución administrativa a que se contrae el recurso jurisdiccional, las "circunstancias de arraigo en territorio español" de la solicitante.

Y el propio contenido de la solicitud efectuada venía a condicionar la determinación del órgano competente para su resolución. Porque como apunta la Abogacía del Estado, la actora realizó solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales ["ascendiente de español"] no previstas expresamente en el *art. 45 del mentado Reglamento* , por el que se desarrolla el *art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000* , razón por la cual, de lege data, la competencia para resolver la solicitud efectuada corresponde a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración [*Disposición Adicional Primera, apartado 4, in fine, del citado Reglamento*]. Y siendo ello así, carece de fundamento la pretensión de nulidad deducida por el motivo examinado y que se articula en el apartado 1 de la súplica de la demanda.

2. De la documentación adjuntada con la solicitud de autorización de residencia temporal de que se trata, se desprende:

a) Que la solicitante, nacida el 04/07/1973 en La Habana [República de Cuba], obtuvo visado de estancia en Estados adheridos al *Convenio de Schengen entre 16/01/2007 y 16/04/2007*, y que le permitió entrar en España, el 24/01/2007, obteniendo tarjeta de residencia núm. NUM002 con validez hasta el 23/01/2008 por motivo de "estudios o/e investigación".

b) Que con fecha de 15/05/2007 causó alta en el padrón municipal de habitantes de Palma de Mallorca, en la misma hoja de inscripción abierta en dicha fecha a nombre de Victorino [tarjeta de residencia núm. NUM003] y de Juan Manuel, este último nacido el 11/04/2007, y que figura inscrito en el Registro Civil de Madrid como hijo de los citados Carolina y Victorino.

c) Que al margen de la inscripción de nacimiento de Juan Manuel figura anotación causada en virtud de Resolución del Encargado del Registro Civil de Madrid, de fecha 09/05/2007 [Expte. Núm. NUM001], por la que se declaró con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen del menor inscrito al amparo del *art. 17 c), del C. Civil*.

d) Que según certificación del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, de 22/09/2007, hasta esta fecha no constan antecedentes penales relativos a Carolina.

3. El marco normativo de aplicación a los hechos puestos de manifiesto a través de tales documentos, viene constituido por las siguientes normas.

a) La *Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre*.

En su Exposición de Motivos, pone de manifiesto que:

« ...Durante la vigencia de la *Ley Orgánica 8/2000, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, han acontecido diversas circunstancias que, consideradas en su conjunto, han planteando la necesidad de adaptar aquélla a los continuos cambios de un fenómeno mutable como el migratorio (...) Dichas circunstancias, unidas a la necesidad, por un lado, de adaptar la normativa interna en esta materia a las decisiones que durante los dos últimos años han sido tomadas en el seno de la Unión Europea, así como, por otro, incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo han aconsejado revisar diversos aspectos de la legislación vigente sobre extranjería e inmigración. Los objetivos que se persiguen con esta reforma de la legislación vigente son: 1. La mejora de la gestión, mediante la simplificación de los trámites administrativos, y la del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España, así como la determinación de los tipos de visado y los efectos de los mismos, y la lucha contra el uso fraudulento de los procedimientos administrativos de gestión en esta materia. Todo ello con el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio (...) El *artículo primero*, el más extenso, recoge las modificaciones que se introducen en determinados *preceptos de la Ley Orgánica 4/2000*, modificada por la *Ley Orgánica 8/2000* (...) Por otra parte, los cambios en materia de visados persiguen simplificar la tramitación administrativa, en aras a favorecer la inmigración legal de los extranjeros que desean residir en España, suprimiendo trámites innecesarios. Así, el visado, una vez que el extranjero ha entrado en España, le habilita para permanecer en la situación para la que le ha sido expedido. En el cumplimiento de los objetivos fijados por la reforma una cuestión básica es la de dotar al visado de una nueva función adicional, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España. De esta manera se anuda al visado un efecto novedoso: habilitar al extranjero a permanecer en nuestro país en la situación para la que se le hubiere expedido. En la actualidad el visado carece de efecto alguno, una vez el extranjero ha entrado en España, debiendo él mismo acudir inmediatamente a las oficinas competentes para solicitar la correspondiente autorización de residencia y/o de trabajo. Con el nuevo modelo, además de lo anterior, el visado habilitará para permanecer en territorio nacional en la situación para cuyo fin haya sido concedido. En efecto, si el visado no sólo sirve para entrar en España, sino que también habilita a permanecer y, en su caso, a trabajar, carece de sentido mantener la exención del mismo, ya que su concesión no sólo serviría para eximir de un requisito de entrada en nuestro país, sino, también, para eximir de la necesaria concesión de autorización para residir y trabajar. Ello no significa que los supuestos de hecho que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado vayan a quedar sin reflejo legal, ya que los mismos se incluyen ahora en el ámbito de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, cuyos perfiles se modifican mediante la inclusión en la Ley, en unos supuestos de manera concreta y en otros de manera más genérica «de supuestos excepcionales», habilitando al reglamento para una regulación más precisa de qué situaciones tendrán cabida dentro de este

enunciado genérico.»

De esa forma, en su *art. 1* [*"Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre"*], la *Ley Orgánica 14/2003*, vino a establecer:

« Se modifican los *artículos 1, 4, 17, 18, 19, 25, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 53, 54, 55, 58, 63, 64* y *66*, así como la rúbrica del *capítulo IV del título II, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, modificada por la *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*; y se introducen los nuevos *artículos 25 bis, 30 bis, 62 bis, 62 ter, 62 quáter, 62 quinquies y 62 sexies y 71* y las nuevas *disposiciones adicionales tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava, en la Ley Orgánica 4/2000*, quedando todos ellos redactados en la siguiente forma: (...) Doce. Se modifican los apartados *1, 3, 4 y 5* y se suprimen los *apartados 6 y 7 del artículo 31*, que quedan redactados de la siguiente forma:

«1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal, la concesión de las renovaciones y la duración de éstas, se establecerán reglamentariamente. 3. 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 el visado. 4. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena. 5. Los extranjeros con permiso de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio».

b) El Reglamento de la *Ley Orgánica 5/2000*, aprobado por *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*.

El *art. 45* [*"Autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales"*], establece:

«1. De conformidad con el *artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, en atención a las circunstancias excepcionales que concurren, 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.

3. Se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en el *artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo* y de la Condición de Refugiado, en los términos previstos en el *artículo 31.3 de su Reglamento* de aplicación, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el *Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre*. Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos a los que se refieren los *artículos 31.4 y 34.1 del Reglamento* de

aplicación de la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo* y de la Condición de Refugiado.

4. Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias, en los siguientes supuestos: a) A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los *artículos 311 a 314 del Código Penal*, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el *artículo 22.4ª, del Código Penal*, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la *Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica*, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos. b) A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente. c) A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

5. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades podrán instar a los organismos competentes la concesión de la autorización de residencia o de residencia y trabajo a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos...»

Y en su *Disposición Adicional Primera ["Atribución de competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones"]*, el mencionado Reglamento establece:

«4. Cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo, que podrán quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente en los términos que se fijen en aquéllas. Las instrucciones establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión de dichas autorizaciones. Asimismo, el Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento.»

4. Dicho lo cual, la Administración ha denegado la autorización solicitada, sustancialmente por considerar que el hecho de ser ascendiente de un menor de **edad** de nacionalidad española no es suficiente, "por sí mismo", para dar por acreditada la concurrencia de circunstancias excepcionales, a falta de otras que, adicionalmente a la esgrimida, permitieran otorgar dicha autorización, citando a modo de ejemplo y con apoyo de diversas sentencias judiciales la situación de "minusvalía" del menor o la relación de convivencia con el otro progenitor "legalmente inscrita y reconocida".

Pero dicho acto de denegación de la autorización solicitada no se acomoda a la doctrina jurisprudencial que, en función de las sucesivas normas que han venido rigiendo la situación jurídica de los extranjeros en España, ha delimitado el concepto jurídico indeterminado de "circunstancias excepcionales", utilizado por aquellas para dispensar de visado o autorizar la residencia temporal en España.

Pues la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6], de 7 septiembre 2006 [Recurso núm. 7201/2001, citada en la resolución administrativa impugnada, se refiere a un supuesto de adquisición de nacionalidad española *ex art. 22 del Código Civil*, en el que la solicitante se hallaba en posesión de la tarjeta familiar de residente comunitario al amparo del *Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, art. 2 c)*, al ser madre de una ciudadana española menor de **edad**, afecta de una severísima minusvalía. Por lo que dicha sentencia no guarda relación con el supuesto al que se contrae el procedimiento administrativo de que se trata, dirigido, no a la obtención de la nacionalidad española por residencia, sino de la autorización individualizada de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6], de 1 diciembre 2003 [Recurso de Casación núm. 5479/1999], tras reseñar las circunstancias del caso ["El recurrente, de nacionalidad peruana, provisto de pasaporte ya meritado, presentó el 6 de junio de 1996 en la Delegación del Gobierno en Madrid, la solicitud de exención de visado en orden a la obtención de permiso de residencia no laboral, basando su solicitud en el hecho de querer residir en España y ser padre

de nacional española, estimando por ello, concurrir razones de reagrupación familiar con la misma, el esposo de ésta y sus dos nietos. En el documento de viaje de aquel consta un estampillado de visado estados Schengen expedido por el Consulado de España en Lima, el 15 de mayo de 1996, válido de 25 de mayo al 10 de septiembre de 1996, saliendo de su país el 26 de mayo de 1996", sienta la siguiente doctrina:

«La sentencia impugnada, cuidadosamente redactada, analiza con detalle el problema y después de abordar el problema de hasta qué punto vincula al Poder judicial la taxativa relación de supuestos que esa Orden ministerial contiene, y tras hacer un concienzudo análisis de la legislación aplicable y de la jurisprudencia que la complementa, llega a la conclusión -que nuestra Sala comparte- de que el acto denegatorio impugnado debe ser anulado por ser contrario al grupo normativo cuando éste se interpreta desde los parámetros de la protección a la familia y a la buena fe procesal. No es del caso reproducir aquí la densa argumentación jurídica que hace la Sala de instancia, cuyo buen hacer en el caso aquí debatido, merece ser destacado. Bástenos con reproducir lo que este Tribunal Supremo tiene dicho reiteradamente en casos análogos, por ejemplo en la STS, sala 3ª, sección 6ª, de 14 de enero de 1997, citada en la sentencia que impugna el Abogado del Estado. Porque, efectivamente es doctrina de nuestra Sala y sección, expresada en ésta y otras sentencias relativas a casos análogos al que nos ocupa que: «los hechos probados obligan a dispensar del visado en beneficio de una legítima reagrupación familiar, al encontrarse todos los miembros de la familia en territorio español y disfrutar el marido del derecho a trabajar y residir en España junto con sus hijos **menores**, lo que exime a la mujer por esta razón trascendental, de salir de nuestro territorio con el fin de obtener visado para residencia, cuya dispensa, en contra de lo establecido por la norma, se ha denegado injustificadamente. Si el propio *reglamento*, al que nos venimos refiriendo establece en su artículo 7.2 la posibilidad de que se pueda solicitar el visado, por causa de reagrupación familiar, por el cónyuge de extranjero residente en España, no es razonable ni justificable que si dicho cónyuge se encuentra también en España, como sucede en este caso, se le obligue a salir fuera de España para proveerse del visado con el fin de solicitar el permiso de residencia. Éste, sin duda, es uno de los supuestos contemplados por los citados *artículos 5.4 y 22.3 del Reglamento* aprobado por *Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo*, de exención de visado para residencia por existir razones excepcionales, como acertadamente ha considerado la Sala de Primera Instancia, cuya sentencia debe, en consecuencia, confirmarse, con desestimación total del recurso de apelación deducido contra la misma por el abogado del Estado».

Ya con referencia al *art. 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, en su redacción dada por la *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre* ["4 . Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente"], la Sentencia Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5], de 5 julio 2007 [Recurso de Casación núm. 1345/2004], apunta que tales expresiones constituyen "Verdaderos conceptos jurídicos indeterminados que vedan todo pretendido ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración si bien, por otra parte, va de suyo que por la parte que alegue su procedencia deberá probarse hallarse en el ámbito propio de su aplicación justificando debidamente la concurrencia de sus elementos".

Y con referencia al *art. 45*, así como a la *disposición adicional primera, número 4, del Reglamento* aprobado por *Real Decreto 2393/2004*, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo [Sección 4ª] del Tribunal Supremo, de fecha 08/01/2007, dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 38/2005, interpuesto contra el *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, la cual, vino a exponer que:

«Desde luego respecto a este precepto 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 *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.»

Lo cual permite concluir que la situación hecha valer por la parte actora al formular solicitud de autorización de residencia temporal, cualificada por la circunstancia de ser ascendiente de un menor de **edad**, cuya nacionalidad española de origen ha sido declarada con valor de simple presunción por el Encargado del Registro Civil, ha de considerarse subsumible en el supuesto contemplado en la *disposición adicional primera. Apartado 4, in fine, del Reglamento* aprobado por *Real Decreto 2393/2004, de 30*

diciembre, como circunstancia excepcional no prevista en el *art. 45 del Reglamento* aprobado por *Real Decreto 2393/2004*. Pues se trata de una circunstancia que, en la normativa precedente, figuraba entre las circunstancias excepcionales de exención de visado [*Real Decreto 864/2001, art. 49*: "Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes, según el *apartado 5 del artículo 51 de este Reglamento*, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos: (...) 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"], y que, en la normativa vigente, ha de tener la misma consideración, si se tiene en cuenta la doctrina sentada por la expresada sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo [Sección 4ª] del Tribunal Supremo, de fecha 08/01/2007.

CUARTO: En consecuencia, concurriendo circunstancias excepcionales para ello, y al no haberse puesto objeción alguna, ni en la resolución administrativa adoptada ni en la contestación a la demanda, a la solicitud planteada desde el punto de vista de los requisitos formales establecidos en la *Disposición adicional primera, 4*, en relación con el *art. 46 del Reglamento* aprobado por *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, procede acceder a la mencionada solicitud, bien que en los términos establecidos en la *Disposición adicional primera, apartado 4, del Reglamento* aprobado por *Real Decreto 2393/2004* ["...otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal ..."], en relación con el *art. 45.7* del mencionado *Reglamento*, y no en los términos propugnados en el *apartado 2* de la súplica de la demanda ["autorización de trabajo y residencia"], lo que comporta la estimación parcial del recurso jurisdiccional planteado, con revocación de la expresada resolución administrativa, por ser contraria a derecho [*arts. 70.2 y 71, Ley 29/1998, de 13 de julio*].

QUINTO: Todo ello, sin imposición de las costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad o mala fe a los efectos previstos en el *artículo 139 de la expresada Ley* reguladora de esta Jurisdicción,.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) ha decidido:

1. ESTIMAR, EN PARTE, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Dª. Carolina contra la Resolución, ya citada, adoptada con fecha de 27/03/2008 por la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración. Y, en consecuencia:

1.1. Anulamos la expresada resolución de la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, dictada, por delegación de firma, por la Dirección General de Inmigración, por ser cuya resolución contraria a derecho.

1.2. Declaramos el derecho de la recurrente a la autorización individualizada de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

1.3. Desestimamos las restantes pretensiones deducidas en la demanda

2. Sin imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

3. Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial*.

Así por ésta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Fue publicada la anterior sentencia en la forma acostumbrada. Madrid a