



Roj: **SJCA 1983/2013** - ECLI: **ES:JCA:2013:1983**

Id Cendoj: **48020450022013100208**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **16/09/2013**

Nº de Recurso: **17/2013**

Nº de Resolución: **205/2013**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **CARLOS ROMERO REY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 205/2013

En BILBAO (BIZKAIA), a dieciséis de septiembre de dos mil trece.

El/La Sr/a. D/ña. **CARLOS ROMERO REY**, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 17/2013 y seguido por el procedimiento ABREVIADO, en el que se impugna: Resolución de 16 de noviembre de 2012 del Subdelegado del Gobierno en Vizcaya por la que se acuerda denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo familiar solicitada por don Gervasio .

Son partes en dicho recurso: como *recurrente* Gervasio , representado y dirigido por la Letrada MARIA ITZIAR MADARIAGA ROIZ; como *demandada* ADMINISTRACION DEL ESTADO, representado y dirigido por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente mencionado anteriormente se presentó escrito de demanda de Procedimiento Abreviado, contra la resolución administrativa mencionada en el que tras exponer los Hechos y Fundamentos de derecho que estimó pertinentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando al Juzgado dictase una Sentencia estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- Admitida a trámite por proveído, se acordó su sustanciación por los trámites del procedimiento abreviado, señalándose día y hora para la celebración de la vista, con citación de las partes a las que se hicieron los apercibimientos legales, así acto compareció la parte recurrente, afirmando y ratificándose en su demanda.

TERCERO.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por medio del presente recurso contencioso-administrativo se impugna la Resolución de 16 de noviembre de 2012 del Subdelegado del Gobierno en Vizcaya por la que se acuerda denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo familiar solicitada por don Gervasio .

Como cuestión previa que necesariamente hemos de analizar es la solicitud de inadmisibilidad que plantea la defensa de la Administración por considerar ex artículo 116.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que el recurso contencioso-administrativo no puede interponerse hasta que se haya resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

SEGUNDO.- Pues bien, en el presente caso nos encontramos con una doble interposición de recurso, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, que exige una consideración al respecto.



Efectivamente, con fecha 16 de noviembre de 2012 se dicta la resolución objeto del recurso contencioso-administrativo (Resolución del Subdelegado del Gobierno en Vizcaya por la que se acuerda denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo familiar solicitada por don Gervasio).

Tras notificarse tal resolución al interesado y serle reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se interponen por cuenta del Sr. Gervasio , recurso contencioso-administrativo frente a la resolución antes citada (con fecha de entrada en este órgano jurisdiccional el día 21 de enero de 2013) y recurso de reposición frente a la misma ante la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya (con fecha de entrada el día 28 de enero de 2013).

Ha de tenerse en cuenta que la resolución del recurso de reposición se ha dictado el día 25 de febrero de 2013 acordándose inadmitir el citado recurso por haberse interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo.

Parece evidente que se ha desplegado por parte de la representación procesal del hoy recurrente una defectuosa técnica procesal consistente en la interposición de dos recursos (en vía administrativa y en vía jurisdiccional) que son excluyentes o, al menos, el jurisdiccional cabría interponerse una vez resuelto con carácter expreso o desestimado por silencio administrativo el recurso de reposición.

Dicho esto y subrayando la irregularidad manifiesta en la que ha incurrido la parte actora, ha de señalarse, no obstante, que una aplicación rigurosa del motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo previsto en el artículo 69.c) de la Ley Jurisdiccional , en relación con el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 46.1 y 4 de la Ley de la Jurisdicción , podría conducir a una consecuencia desproporcionada, especialmente teniendo en cuenta que la decisión de inadmisibilidad del recurso afectaría al derecho fundamental de acceso a la tutela judicial (artículo 24 de la Constitución).

Téngase en cuenta, además, que el recurso de reposición se interpuso unos días después de la interposición del recurso contencioso-administrativo y que el mismo fue resuelto en sentido de inadmitirlo por la previa interposición del recurso jurisdiccional.

Ante tales circunstancias, resulta razonable no acceder a la pretensión de inadmisibilidad del recurso.

TERCERO. - Entrando ya en el fondo de la cuestión controvertida, ha de tenerse en cuenta que nos encontramos ante una solicitud de autorización de residencia por arraigo familiar. Se ha alegado y así lo ha considerado acreditado la resolución administrativa denegatoria que el actor es padre de un menor de nacionalidad española. No obstante, la denegación se ha basado en la existencia de un informe policial desfavorable (atestado número 3401 de la Comisaría de la Ertzaintza de Bilbao del día 1 de diciembre de 2012) por malos tratos físicos en el ámbito familiar.

El artículo 124.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, señala que se podrá conceder una autorización de residencia en España por razones de arraigo familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos: cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo.

Ahora bien, el artículo 69.e) del citado Real Decreto igualmente dispone que podrá denegarse la citada autorización cuando conste un informe policial desfavorable.

Pues bien, consta en las actuaciones un informe policial desfavorable por malos tratos en el ámbito familiar, lo que integra una actuación que, en caso de acreditarse, merecerían una respuesta punitiva del Estado y que generan, sin duda, alarma social; pero igualmente consta el sobreseimiento y archivo de las actuaciones judiciales llevadas a cabo; sin que se haya aportado ningún otro antecedente desfavorable adicional ni que se adoptaran en su día medidas de control específico sobre el solicitante de la autorización de residencia.

En tales circunstancias, la denegación de la autorización por esta exclusiva causa, constando la inexistencia de una respuesta punitiva ante el único hecho que se ha puesto de manifiesto, resulta excesiva.

CUARTO. - Ahora bien, si bien la resolución administrativa ha de anularse en este punto, la consecuencia no puede ser tampoco el reconocimiento en vía judicial de la autorización de residencia solicitada. Téngase en cuenta que el precepto antes aludido (artículo 124.3) condiciona el otorgamiento de la autorización de residencia en España por razones de arraigo familiar a los casos en que el solicitante (en este caso, padre de un menor de nacionalidad española) tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo.



Como quiera que al haberse denegado la autorización de residencia por el antecedente policial que, hemos reputado improcedente, y no haberse llevado a cabo por la Administración una evaluación de si el solicitante cumple o no el requisito que acaba de apuntarse, hemos de acordar retrotraer las actuaciones para que por parte de la Administración se evalúe el cumplimiento del citado requisito por parte del Sr. Gervasio y se dicte la resolución que proceda en Derecho.

QUINTO.- La estimación parcial del recurso contencioso-administrativo así como las duda jurídicas planteadas aconseja la no imposición de las costas procesales a ninguna de las partes,

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

FALLO

FALLO:

ESTIMAR parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Gervasio contra Resolución de 16 de noviembre de 2012 del Subdelegado del Gobierno en Vizcaya por la que se acuerda denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo familiar, que se anula, acordando retrotraer las actuaciones para que por parte de la Administración se evalúe el cumplimiento por parte del solicitante del requisito de tener a su cargo a su hijo menor (de nacionalidad española), conviviendo con él o encontrándose al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo, dictando la resolución que proceda en Derecho.

Sin costas.

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 4771.0000.00.0017.13, 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.