

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

S E N T E N C I A

Iltmo. Sr. Presidente:

Don Rafael Losada Armadá

Iltmos. Sres. Magistrados:

Doña Esther Castanedo García

Don Juan Piqueras Valls

En la ciudad de Santander, a diez de junio de dos mil catorce.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el **recurso de apelación nº 38/2014** formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 3 de diciembre de 2013 por **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO (DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA)** representada y defendida por la abogado del Estado, siendo parte apelada **DOÑA A.A.A.** representada por la procuradora doña Henar Calvo Sánchez y defendida por la letrada doña Ana Belén Díaz Obregón.

Es ponente el presidente don Rafael Losada Armadá quien expresa el parecer de la sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se interpuso por la Administración demandada el 13 de enero de 2014 contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 3 de diciembre de 2013 que estima el recurso contencioso administrativo, anula el acto impugnado de 16 de mayo de 2013 y declara el derecho de la demandante a obtener la autorización de residencia temporal por causa excepcional, con imposición de las costas.

SEGUNDO.- Del recurso de apelación se dio traslado a la parte demandante que formuló oposición al mismo y solicitó de la sala la confirmación de la sentencia de instancia con imposición de las costas a la administración apelante.

TERCERO.- En fecha 24 de febrero de 2014 se elevaron las actuaciones a esta sala y no habiéndose solicitado la apertura de período probatorio, ni celebración de vista o conclusiones por escrito, se declaró el recurso concluso para sentencia, señalándose para la votación y fallo el día 30 de abril de dos mil catorce en que se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Se debate en el presente proceso la conformidad a derecho de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 3 de diciembre de 2013 que estima el recurso contencioso administrativo contra la resolución de 16 de mayo de 2013 denegatoria de la autorización de residencia temporal por supuesto excepcional de arraigo y declara el derecho de la demandante a obtener la autorización de residencia temporal por causa excepcional, con imposición de las costas.

Dice la sentencia de instancia que, como el objeto del presente recurso contencioso administrativo es determinar si la actora que dice ser hija de una española de origen, tiene o no derecho a obtener el permiso solicitado, llega a la conclusión de que el recurso deberá estimarse porque la posesión del documento nacional de identidad español en aquel territorio por parte de doña B. B. B. -al parecer madre de la demandante- es suficiente para considerarle española de origen sin que pueda afirmar que el hecho de acudir a un campo de refugiados supone el deseo personal acerca de la pertenencia a un futuro estado y rechazar la nacionalidad española y no una circunstancia impuesta por la realidad del momento.

SEGUNDO.- La apelación de la Administración demandada se fundamenta en que del expediente administrativo no se desprende que la demandante sea hija de padre o madre originariamente español por haber nacido en el Sahara durante el periodo de colonización y se hace una interpretación extensiva del art. 124 del RD 557/2011 de 20 de abril (antiguo art. 45.2.c) RD 2393/2004) y que la circunstancia de que la demandante sea hija de padre o madre que originariamente fuese español no concurre en el caso de autos pues no basta con haber tenido la nacionalidad sino que el padre o la madre fueran o hubieran podido ser españoles de origen, por lo que la sentencia de instancia se aparta manifiestamente de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al considerar que la madre de la demandante obtuvo la nacionalidad española de origen por ser natural del Sahara cuando tal territorio estaba bajo la tutela del estado español.

TERCERO.- El art. 124 del RD 557/2011 de 20 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en cuanto a las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, dispone:



“Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos:

.....

3. Por arraigo familiar:

a)

b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.”

La STS de 28 de octubre de 1998 de la sala primera dice:

"En cualquier caso de lo que no cabe duda, con referencia a la «nacionalidad» de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de «españoles indígenas», habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que «los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia». Cuestión distinta es, atendiendo a los grados de asimilación material y formal, entre los diversos estatutos jurídicos de la población, que, en la práctica y en la ordenación de estos problemas en los Estados colonizadores, se hayan impuesto restricciones al «status civitatis» de la población colonizada lo que ha permitido la diferencia doctrinal, basada en datos jurídicos, entre nacionales-ciudadanos y nacionales-súbditos, según atestiguan con denominaciones diversas, conocidos ejemplos del Derecho comparado (vgr. Holanda, Italia, Bélgica y Francia). En España, pese a la inexistencia de normas que frontalmente establecieran discriminaciones en cuanto a los derechos y deberes de los

ciudadanos, pese a la ambigüedad normativa y pese a las opiniones de sectores doctrinales, sobre la calificación de los territorios pertenecientes a colonias y su identificación con el territorio nacional, las realidades de la heterogeneidad territorial y de los estatutos personales emergían sobre la retórica legislativa y gubernativa acerca de la plenitud de la asimilación. Concretamente, algunos dictámenes del Consejo de Estado emitidos ya en casos similares (Dictamen núm. 36017/1968 para el caso de Guinea y Dictamen 36227/1968 para el caso de Ifni) y la obra de cualificados estudiosos, a partir del examen pormenorizado de las disposiciones dictadas en relación con aquellos territorios, llegaron a conclusiones fundadas acerca de las diferencias entre territorio nacional y territorios coloniales (entre éstos, por consecuencia, el Sahara Occidental), así como sobre la diferente condición jurídica de nacionales y naturales de las colonias. En especial, España, que había actuado, con otro criterio, según se vio, aceptó, finalmente, informar a la ONU, sobre los territorios no autónomos y, con ello, dio paso por actos propios al reconocimiento del hecho colonial (consecuencias de la entrevista hispano-lusa de marzo de 1961)."

La conclusión no puede ser otra, por tanto, que los saharauis fueron españoles; al menos, existe una presunción de que pudieron haber llegado a serlo en el proceso de provincialización del territorio colonizado, y que incluso, posteriormente, tuvieron la posibilidad de optar por la nacionalidad española mediante Decreto 2258/1976 de 10 de agosto, que precisamente menciona la tenencia del documento nacional de identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas, como resulta ser el de la madre de la demandante que, en aquél tiempo, no pudo ejercitar.



Como afirma la STSJ de Andalucía de 14 de febrero de 2011 y la más reciente de 10 de junio de 2013: "En cualquier caso de lo que no cabe duda, con referencia a la "nacionalidad" de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de "españoles indígenas", habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que "los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia".

CUARTO.- Razonado lo anterior, consta en el presente supuesto suficiente documentación de que doña B.B.B. es la madre de la demandante, sin que haya sido puesta en duda en el expediente administrativo.

Todo conduce, en el caso concreto, a la afirmación de que la recurrente doña A.A.A., nacida en Adrar (Argelia) el 10.02.1977, es hija de doña B.B.B., nacida en Tiris (Sahara) en 1954, con documento nacional de identidad del Sahara nº XXXX que, en aquel tiempo, tenía la nacionalidad española, como españoles indígenas que eran, como refirió la sentencia del TS de 28 de octubre de 1998, si bien, posteriormente pudo optar formalmente por la nacionalidad española que no consta que llegase a ejercitar, no puede por menos que reconocerse el cúmulo de dificultades para hacer efectivo ese derecho al encontrarse en campamentos de refugiados sin posibilidad de acceder a oficinas del Registro Civil.



Cabe llegar a la conclusión de que los saharauis poseyeron la nacionalidad española "no plena" y que dejaron de poseerla tras la descolonización del territorio por lo que surge la necesidad de formalizarla por medio del Decreto 2258/1976 de 10 de agosto.

Como último argumento de interpretación lógico-sistemática (art. 3.1 del CC), precisar que, como antes indicamos, si los saharauis pueden obtener la nacionalidad española por residencia de un año por haber nacido en el Sahara (art. 22.2 a) del CC) o ser hijo de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles (art. 22.2.f) del CC) no parece equilibrado ni proporcional, negar un derecho con un alcance mucho más limitado que el reconocimiento de la condición de nacional, cual es un permiso de residencia temporal o permanente como el solicitado por la demandante.

La sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Castilla La Mancha de 24 de septiembre de 2013 coincide con el criterio de esta sala y pone de manifiesto como otras Subdelegaciones del Gobierno han resuelto en el mismo sentido que se desarrolla en esta sentencia; aunque no está en autos, es notorio, y así ha sido publicado en conocidos diarios de tirada nacional, y puede consultarse en la página de Internet:http://www.extranjerossinpapeles.com/paginas/permisos_residencia.htm, que la Subdelegación de Gobierno en Badajoz, reconoce a los saharauis que nacieron en el Sahara antes del 26-2-1976, fecha en la que España abandonó el territorio en manos de Marruecos y Mauritania, el derecho a la **residencia** permanente a virtud del artículo 72.2.d) del Reglamento de **Extranjería**; y a los hijos de los anteriores, con independencia del lugar de nacimiento, el permiso de

residencia inicial del artículo 45.2 c); pero lo más importante es que en el documento de reconocimiento del permiso se les reconoce la condición de "españoles de origen o hijos de españoles de origen" respectivamente, siempre, claro está, que estuvieran debidamente documentados; en base a ello, entre 2004 y 2005 se reconocieron 1.660 permisos y se rechazaron 714; en definitiva, dicha Administración reconocía el derecho, sin perjuicio de que exigía la debida identificación de la condición del solicitante.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139.2 LJCA, no procede la imposición de costas a la administración apelante pues, a pesar de no prosperar el recurso de apelación, debe considerar esta sala que la cuestión debatida sobre la autorización de trabajo y residencia de los saharauis no es pacífica, ni siquiera en esta sala, lo que provoca que no se impongan las costas del presente recurso de apelación.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

F A L L A M O S

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación promovido por **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO (DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA)** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander d e3 de diciembre de 2013 que estima el recurso contencioso administrativo contra la resolución de 16 de mayo de 2013 denegatoria de la autorización de residencia temporal por supuesto excepcional de arraigo y declara el derecho de la demandante a obtener la autorización de residencia temporal por causa excepcional, sin imposición de las costas.





Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

