



Roj: **STSJ PV 1404/2007 - ECLI:ES:TSJPV:2007:1404**

Id Cendoj: **48020330032007100221**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **19/04/2007**

Nº de Recurso: **1259/2006**

Nº de Resolución: **237/2007**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **RICARDO LAZARO PERLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 1259/06

DE Apelación Ley 98

SENTENCIA NUMERO 237/07

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

MAGISTRADOS:

D. AGUSTÍN HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

D. RICARDO LÁZARO PERLADO

En la Villa de BILBAO, a diecinueve de abril de dos mil siete.

La sección número 3 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el treinta de Junio de dos mil seis por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 (Vitoria) de VITORIA - GASTEIZ en el recurso contencioso-administrativo número 129/06 .

Son parte:

- APELANTE : D^a Raquel , representada por el Procurador D. PEDRO MARÍA SANTÍN DÍEZ y dirigida por el Letrado D. JUAN CARLOS DE PABLO OTAOLA.

- APELADO : ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR- , representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO LÁZARO PERLADO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 1 (Vitoria) de VITORIA - GASTEIZ se dictó el treinta de Junio de dos mil seis sentencia DESESTIMANDO el recurso contencioso-administrativo número 129/06 promovido por D^a Raquel contra RESOLUCION DE 27-01-06 DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA POR LA QUE SE ACUERDA DENEGAR LA AUTORIZACION DE RESIDENCIA TEMPORAL POR RAZONES DE ARRAIGO. EXPTE. NUM000 , siendo parte demandada ADMINISTRACION DEL ESTADO - MINISTERIO DEL INTERIOR-.



SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por D^a Raquel recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 4.04.07, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Raquel , nacional de Ecuador, la sentencia de fecha 30 de junio del año 2006 dictada por el Juzgado de lo Contencioso número 1 de Vitoria-Gasteiz con el número 287/06 recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 129/06.

En su parte dispositiva la sentencia desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por D^a. Raquel contra la Resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Alava de 27 de enero de 2006 por la que se acuerda denegar la autorización inicial de residencia.

La sentencia recurrida hace referencia expresa a que no queda acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 45 y concordantes del Reglamento de la Ley de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2.004, de 30 de diciembre, para la concesión a la recurrente de la autorización inicial de residencia por arraigo.

A este efecto, la sentencia recurrida aprecia que la recurrente no acredita una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres o dos años, requisito que con carácter previo se ha de acreditar para examinar la concurrencia de los demás establecidos, con carácter acumulativo en el apartado 2º del artículo 45 del Real Decreto 2393/2.004, de 30 de diciembre .

SEGUNDO.- La parte apelante interesa la revocación de la indicada sentencia y que se otorgue la correspondiente autorización de residencia a doña Raquel , alegando indebida aplicación del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero , ya que no se ha solicitado autorización de residencia por arraigo sino por circunstancias excepcionales al ser la recurrente, madre de hija española. Considera que el artículo 31.3 de la Ley Orgánica no expresa un numerus clausus de supuestos, en concreto no se limita a los reflejados en el artículo 45 del Real Decreto 2393/2.004, de 30 de diciembre . Asimismo alega que la sentencia ha hecho caso omiso de todos los Acuerdos Internacionales que hacen referencia al derecho a la vida familiar, y del artículo 154 del Código Civil .

Invoca la interpretación efectuada por la sentencia de esta Sala y Tribunal de 10 de marzo de 2.006 con número 184/06 dicta en el Recurso de Apelación 607/05 , si bien matiza que aún haciendo esta sentencia referencia al régimen comunitario, es aplicable al presente caso por coincidente. Invoca asimismo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2.004 .

La Administración del Estado ha contestado el recurso de apelación interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

Considera que la tesis del apelante de la infracción del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero , vulnera el principio de reserva de Ley de acuerdo con la interpretación que del mismo se ha efectuado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, de tal modo que, la enumeración del artículo 45 del Reglamento de Extranjería es cerrada y no meramente ejemplificativa.

Asimismo niega que sea de aplicación al presente caso la sentencia de esta Sala y Tribunal de 16 de marzo de 2.006 .

De estimarse a efectos dialécticos que los recursos económicos puedan proceder del sistema de asistencia pública, en el presente caso tampoco puede tener favorable acogida dada la cuantía de los mismos que no alcanza la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional.

TERCERO.- La cuestión a decidir en el presente proceso viene referida a la vulneración o no por la sentencia de instancia del régimen jurídico sobre la autorización de residencia por circunstancias excepcionales



interpretado de conformidad con la circunstancia de ser la apelante ascendiente de menor de nacionalidad española de origen con valor de simple presunción.

Esta cuestión tiene un marcado carácter jurídico vinculado a la interpretación del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, en cuanto a los requisitos exigidos para el otorgamiento de la autorización administrativa de residencia temporal por circunstancias excepcionales en relación con los ascendientes de ciudadanos españoles.

Es necesario con carácter previo indicar la doctrina contenida en la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 8 de enero de 2.007 dictada en el recurso con número 38/2.005, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar respecto al artículo 45 del Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2.0004, de 30 de diciembre. En su Fundamento de Derecho Sexto señala 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 que 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, incluso los supuestos no contemplados pueden resolverse aplicando directamente la Ley Orgánica o bien otros preceptos reglamentarios".

Por su parte, la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 10 de enero de 2.007 dictada en el recurso con número 39/2.005, siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García señala en su Fundamento de Derecho Noveno que "Por otro lado debe considerarse que la argumentación de la demanda se base en que los recurrentes interpretan algo que no establece el inciso recurrido, y consiste en interpretar que el artículo 45 es el único desarrollo posible del artículo 31.3 de la Ley Orgánica, esto es, que no cabe autorización por circunstancias excepcionales más allá de las recogidas por el mismo.

Sin embargo al contrario del planteamiento realizado por los recurrentes, hay que interpretar que el artículo 31.3 de la Ley puede tener una aplicación directa y el artículo 45 realiza una relación exhaustiva pero no es excluyente, de los supuestos en que es posible la concesión de una autorización por circunstancias excepcionales. El artículo 45 recoge la mayoría de las circunstancias pero no todas. De hecho, en otras partes del Reglamento se contemplan algunas más, así por ejemplo, el 94.2 para menores o la Disposición Adicional Primera párrafo Cuarto para situaciones no previstas. La propia aplicación directa de la Ley cabrá siempre y cuando exista fundamento suficiente para su aplicación".

Finalmente también hay que señalar la doctrina contenida en la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 9 de enero de 2.007 dictada en el recurso con número 40/2.005, siendo Ponente la Excmo. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo, coincidente con las anteriores, al recoger en su Fundamento de Derecho Tercero que "Entrando ya en los distintos artículos impugnados considera que el inciso "supuestos determinados en este artículo" contenido en el artículo 45.1 del Reglamento cuestionado vulnera el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000 LODYLE. Sostiene que el antedicho precepto dispone que se podrá conceder un permiso de residencia temporal por situaciones de arraigo, razones humanitarias, colaboración con la justicia y otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente, con lo que efectúa un mandato para que reglamentariamente se desarrollen esas otras circunstancias excepcionales por las que se pueda conceder un permiso de residencia temporal. Y, a su entender, la regulación reglamentaria creando una lista cerrada de supuestos deja el mandato legal vacío de contenido.

Defiende el Abogado del Estado que resulta conforme a derecho pues el Reglamento desarrolla la Ley concretando las circunstancias. Tal actividad es propia de la colaboración entre ambas normas en aquellos Reglamentos, como el cuestionado, llamados "Reglamentos ejecutivos" en que la Ley es desarrollada, pormenorizada, ejecutada por el Reglamento. Mantiene que la potestad reglamentaria no puede innovar o sustituir a la Ley pero sí complementarla sin contradecirla.

Arguye que, en todo caso hay que recordar que la autorización de residencia a un extranjero no comunitario se basa en la Ley Orgánica y en la idea de que, salvo determinados supuestos excepcionales, las autorizaciones sean concedidas en los países de origen de los inmigrantes de acuerdo con las políticas de regulación de flujos migratorios. Insiste en que la autorización de residencia se concede mediante un acto administrativo que se



somete a los supuestos legal y reglamentariamente previstos, sin que sea posible una concesión discrecional basada en supuestos que quedasen al albur de una potestad no regulada.

En definitiva, concluye que el art. 31.3 de la LODYLE puede tener una aplicación directa, sin que el Real Decreto pretenda contradecir lo establecido en la LODYLE. Aduce que el art. 45 realiza una relación exhaustiva, pero no excluyente, de los supuestos en que es posible la concesión de una autorización por circunstancias excepcionales. Añade que en otras partes del Reglamento se contemplan algunas más, así, por ejemplo, el artículo 94.2 se refiere a menores, o la Disposición Adicional Primera, párrafo 4º, a situaciones no previstas. A su entender la propia aplicación directa de la Ley cabrá siempre y cuando exista fundamento suficiente para su aplicación.

De las propias argumentaciones de la parte recurrente y de la oposición de la administración recurrida se evidencia que no puede prosperar la pretensión anulatoria.

No ofrece duda, tal cual mantiene el Abogado del Estado, que la disposición reglamentaria cuestionada encuentra su amparo en el precepto legal, que de forma clara y tajante defiere a vía reglamentaria la determinación de las otras circunstancias excepcionales que permitirán acceder al permiso de residencia temporal. Se trata, por ello, de una norma que en modo alguno modifica o enmienda la Ley ya que se limita a completarla siguiendo el mandato sin condiciones en ella establecido. Ni amplía ni restringe los términos de la LODYLE pues ésta no delimita en qué forma deben interpretarse los conceptos jurídicos indeterminados en ella precisados (situación de arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la justicia) que pueden ser de aplicación directa y si defiere a vía reglamentaria la consideración de otras circunstancias excepcionales que desarrolla el precepto".

CUARTO.- De igual manera resulta de aplicación al caso la doctrina contenida en la sentencia de la Sala 3ª, Sección 5ª del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2.005 dictada en el recurso de casación número 1169/01 siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil respecto a la declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción, la cual es clara al indicar en su Fundamento de Derecho Sexto:

" La Sala de instancia se equivoca cuando dice que "estamos hablando de un hijo menor de edad de la recurrente, siendo la mera circunstancia del nacimiento en España de aquel hijo no atribuye al nacido la nacionalidad española de no concurrir las circunstancias exigidas por el artículo 17 del Código Civil, carga de la prueba que corresponde a la ahora demandante, de acuerdo al artículo 1124 de dicho Código Civil ". Pero las cosas no son así.

En la certificación de nacimiento del menor Carlos consta una anotación marginal que dice literalmente así:

"En virtud de auto de fecha 14 de septiembre de 1999 dictada en expediente administrativo núm. NUM001, tramitado en el Registro Civil de Madrid, se ha declarado con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen del menor inscrito, al amparo del artículo 17-c) del Código Civil (...)".

En consecuencia, ni la Administración ni los Tribunales de Justicia pueden, mientras no existan pruebas en contrario, dudar de la nacionalidad española de origen del menor Carlos. (Artículo 96-2º de la Ley de Registro Civil y 335 y siguiente de su Reglamento). "

QUINTO.- Finalmente, en relación con el estatuto de ciudadanía europea que titulariza el menor, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha interpretado en sentencia de 19 de octubre de 2004, dictada en Pleno, en el asunto C-200/02 entre Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido, en un supuesto con evidente analogía al caso que nos ocupa. Son de reseñar los puntos 43 a 47 de la sentencia.

"43 En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la condición de miembro de la familia «a cargo» resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia (véase, en este sentido, en relación con el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68, la sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon, 316/85, Rec. p. 2811, apartados 20 a 22).

44 En un caso como el del asunto principal, se presenta precisamente la situación inversa, ya que el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional del Estado tercero que se ocupa de su cuidado efectivo y que desea acompañarlo. En este contexto, la Sra. Chen no puede invocar la condición de ascendiente «a cargo» de Catherine, en el sentido de la Directiva 90/364, con el fin de disfrutar de un derecho de residencia en el Reino Unido.

45 En cambio, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de



residencia de este último. En efecto, es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste (véase, mutatis mutandis, en relación con el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68, la sentencia Baumbast y R., antes citada, apartados 71 a 75).

46 Sólo por esta razón, procede responder que cuando, como sucede en el asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 confieren un derecho de residencia por tiempo indefinido en el Estado miembro de acogida a un menor de edad nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida.

47 Por tanto, procede responder al órgano jurisdiccional remitente que, en circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida. "

SEXTO.- Indicado con carácter previo la doctrina de los Tribunales anteriormente citados, procede pasar al examen de la sentencia de instancia a la luz de los motivos de apelación esgrimidos por la parte recurrente.

La sentencia del juzgador de instancia indica en su Fundamento de Derecho Segundo que " En relación con la concesión por arraigo, como resulta de lo actuado en el presente procedimiento, la recurrente no acredita una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres o dos años, requisito que con carácter previo se ha de acreditar para examinar la concurrencia de los demás establecidos, con carácter acumulativo en el apartado 2 del artículo 45.

Respecto de la concesión de la autorización por razones de protección internacional contempladas en el apartado 3, ni han sido alegadas ni en todo caso resultan acreditadas.

Por último respecto de la concesión por razones humanitarias regulado en el apartado 4, la recurrente no se halla en ninguno de los casos contemplados en el mismo, esto es, ni se ha alegado y menos probado que la recurrente sea víctima de los delitos referidos en el mismo, sufra un enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada de imposible acceso en su país de origen o que su traslado al mismo implique un peligro para su seguridad o la de su familia, y si bien las razones aducidas por la recurrente en apoyo de su pretensión son admisibles desde un punto de vista humano, se estima que hay que estar a lo que resulta de las disposiciones reguladoras de la materia en cuestión".

La razón de decidir de la sentencia de instancia se basa en primer lugar, en los requisitos exigidos reglamentariamente para la figura del arraigo, y en segundo lugar, en la no detección de supuesto alguno del artículo 45 del Reglamento de Extranjería que pueda resultar aplicable a la solicitud formulada por la recurrente.

No comparte la Sala esta razón de decidir dado que no encuentra en ella correspondencia con una circunstancia acreditada en el expediente administrativo, cual es que la solicitud de autorización se fundamenta en el hecho de que la solicitante es ascendiente de un menor español.

Esta apreciación encuentra su primer fundamento en la propia solicitud realizada el 9 de diciembre de 2.005, la cual estaba basada en modelo normalizado con indicación de las condiciones de acceso a la Residencia sustentadas en las referencias reglamentarias al Real Decreto 864/2.001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2.000, de 22 de diciembre. Constan varias aspas en las casillas, en concreto en las casillas de Autorización temporal inicial; situación acreditada de arraigo, Art. 41.2 d); razones humanitarias, Art. 41.3.c) y Art. 49.2; y en los supuestos específicos de Autorización de Trabajo consta aspa en la casilla de "Tiene a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española".

Asimismo la apreciación de falta de correspondencia entre la causa de pedir formulada en el procedimiento administrativo y la razón de decidir de la sentencia encuentra fundamento posterior en la documentación que se aporta junto con la solicitud y que pone de manifiesto que la causa de pedir se basa en la circunstancia excepcional de ser ascendiente de menor español. Así consta en el expediente administrativo, documento nacional de identidad y pasaporte, ambos españoles, de Laura y certificación literal de nacimiento con anotación marginal de declaración con valor de simple presunción de nacionalidad española de Laura .



Considera este Tribunal que la discordancia entre la causa de pedir en el procedimiento administrativo y la razón de decidir de la sentencia de instancia en la que no se ha tenido en cuenta la circunstancia excepcional apreciada por esta Sala constituye una infracción del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero . Lo que determina la estimación del recurso de apelación y la consecuente revocación de la sentencia apelada.

SÉPTIMO.- Entrando en las pretensiones ejercitadas en la primera instancia, y en relación con la pretensión anulatoria ejercitada por la parte actora es necesario señalar que lo cierto es que nos hallamos ante un supuesto -ser ascendiente extracomunitario de menor español de origen mediante declaración con valor de simple presunción de nacionalidad española - no contemplado expresamente en el precepto reglamentario indebidamente aplicado por la sentencia de instancia.

El fundamento para la aplicación directa del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero , en el presente caso, ha de buscarse en la libertad de circulación y residencia del menor español recogida en el artículo 19 de la CE y en la protección del derecho del menor español a la intimidad familiar recogido en el párrafo 1º del artículo 18 de la CE . El razonamiento del cual se colige tal corolario es idéntico al expresado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2004, dictada en Pleno, en el asunto C-200/02 entre Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido, esto es, que la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español privaría de todo efecto útil tanto al derecho de residencia del menor en España como a su derecho a la intimidad familiar.

Además, las consecuencias de la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español incluirían la vulneración del artículo 14 CE . De suerte que se crearía una categoría de españoles menores de edad, ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus ascendientes, a cuyo cargo están, no pueden acceder al mercado laboral.

Toda vez que al carecer de la autorización de residencia queda vetada la autorización de trabajo. Y con ello, ab initio, se priva al menor español de las posibilidades de un libre desarrollo de la personalidad en igualdad con aquellos menores españoles cuyos ascendientes desde el inicio tienen acceso al mercado laboral.

Por ello esta Sala declara que la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alava de 27 de enero de 2.006, por la que se acuerda denegar la autorización de residencia inicial debe ser anulada por infracción del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero .

OCTAVO.- Por las mismas razones procede el reconocimiento de la situación jurídica individualizada pretendido por doña Raquel en términos de reconocimiento judicial del derecho a obtener de la Administración General del Estado la autorización inicial de residencia por circunstancias excepcionales. Es obligatorio indicar que los presupuestos fácticos para la aplicación del concepto jurídico indeterminado de "razones excepcionales" incardinan la circunstancia de ser ascendiente extracomunitario de menor español de origen mediante declaración con valor de simple presunción de nacionalidad española en la zona de certeza positiva del concepto jurídico indeterminado recogido en el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero . A tal conclusión se llega en el presente caso al aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo indicada en el Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia cuando establece que, en resumen, el artículo 45 del Real Decreto 2393/2.004, de 30 de diciembre , realiza una relación exhaustiva, pero no excluyente, de los supuestos en que es posible la concesión de una autorización por circunstancias excepcionales, y que la propia aplicación directa de la Ley cabrá siempre y cuando exista fundamento suficiente para su aplicación. Este fundamento suficiente para la aplicación del supuesto reglamentario al presente caso se encuentra en el artículo 17 c) del Código Civil en la interpretación que del mismo se efectúa en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2.005 . Toda vez que en ella se interpreta que ni la Administración ni los Tribunales de Justicia pueden, mientras no existan pruebas en contrario, dudar de la nacionalidad española de origen del menor.

De donde debe concluirse que el reconocimiento de la situación jurídica individualizada pretendido por la apelante resulta coherente con la garantía constitucional contemplada en el artículo 14 de nuestra Carta Magna respecto del menor español.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional de 1998 , no procede efectuar imposición sobre las costas devengadas en esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto este Tribunal dicta el siguiente

FALLO



CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 1259 DE 2006, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE D^a. Raquel CONTRA LA SENTENCIA N° 287/06 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUMERO 1 DE LOS DE VITORIA-GASTEIZ, DE FECHA 30 DE JUNIO DE 2.006, DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO 129 DE 2.006 , DEBEMOS:

PRIMERO : REVOCAR, COMO REVOCAMOS, LA SENTENCIA APELADA.

SEGUNDO : CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA AHORA APELANTE, EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ALAVA, DE 27 DE ENERO DE 2.006, POR LA QUE SE DENIEGA LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA SOLICITADA POR D^a. Raquel , DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS:

1º.- LA DISCONFORMIDAD A DERECHO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA RECURRIDA QUE, POR ELLO, DEBEMOS ANULARLA Y LA ANULAMOS.

2º.- RECONOCEMOS EL DERECHO DE D^a. Raquel A OBTENER LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES SOLICITADA EL 9 DE DICIEMBRE DE 2005.

3º.- CONDENAMOS A LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO A QUE HAGA EFECTIVO EL DERECHO RECONOCIDO A D^a. Raquel .

TERCERO : NO EFECTUAMOS IMPOSICIÓN SOBRE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Il^{mo}. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.