



Roj: STSJ BAL 4/2013
Id Cendoj: 07040330012013100004
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 359/2012
Nº de Resolución: 2/2013
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00002/2013

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 359 de 2012

AUTOS JUZGADO Nº 170 de 2011

SENTENCIA

Nº 2

En Palma de Mallorca a siete de enero de dos mil trece.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE:

D. Pablo Delfont Maza.

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster.

D^a Carmen Frigola Castellón.

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante **D. Sergio**, representado por el Procurador D. José Castro Rabadán y defendido por el Letrado D. Igor Valiente Bastante, y como parte apelada, **la Administración General del Estado (Dirección Insular de la Administración General del Estado en Ibiza-Formentera)**, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Constituye el objeto del recurso la inactividad de la Dirección Insular de la Administración General del Estado en Ibiza y Formentera para emitir el certificado de silencio administrativo positivo solicitado el 23 de marzo de 2011 en relación con la solicitud de residencia de larga duración formulada el 26 de octubre de 2010.

La Sentencia nº 309/2012, de 14 de septiembre, dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca desestimó el recurso contencioso administrativo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia número 309 de 2012, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Palma , en los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"PRIMERO: Se DESESTIMA el recurso contencioso interpuesto por la representación procesal Sergio , contra inactividad de la DIRECCIÓN INSULAR DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN IBIZA Y FORMENTERA, en la emisión de certificado de silencio administrativo positivo solicitado en fecha 23 de marzo de 2011 en relación con solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo pretendiendo la autorización de residencia de larga duración.

SEGUNDO: No ha lugar a la imposición de costas."

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte actora, siendo admitido en ambos efectos. La Administración demandada se ha opuesto al mismo.

TERCERO. Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 4 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Como hemos anticipado en los antecedentes fácticos, la Sentencia nº 392/2012, de 14 de septiembre, dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca , desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la inactividad de la Dirección Insular de la Administración General del Estado en Ibiza y Formentera para emitir el certificado de silencio administrativo positivo solicitado el 23 de marzo de 2011 en relación con la solicitud de residencia de larga duración formulada el 26 de octubre de 2010.

La sentencia apelada considera que no se produjo la concesión de la autorización de residencia de larga duración por efectos del silencio administrativo, ya que el procedimiento quedó interrumpido a partir de los requerimientos emitidos el 26 de enero de 2011, sin que el interesado subsanase la presentación del certificado de cancelación de antecedentes penales, habiéndose archivado el expediente mediante la resolución de 8 de marzo de 2011.

La representación de la parte actora solicita que se estime el recurso de apelación y se revoque la sentencia de instancia, ya que los efectos del silencio administrativo, en virtud de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica de Extranjería , se produjeron el 26 de enero de 2011, no habiéndose notificado los requerimientos de pago de tasas y aportación de certificado de cancelación de antecedentes penales hasta el 2 de febrero de 2011. De considerarse suspendido el plazo, éste se reanudó el 14 de febrero de 2011, mediante la comunicación del abono de las tasas, ya que la situación sobre los antecedentes penales se debió recabar de oficio. Por último, la resolución de archivo no consta notificada en forma, careciendo de efecto alguno.

La Administración General del Estado se ha opuesto al recurso de apelación, interesando que se confirme la sentencia impugnada, ya que no se produjo silencio administrativo positivo, al quedar interrumpido mediante los requerimientos de subsanación.

SEGUNDO. Como resulta del expediente administrativo, unido a las alegaciones y pruebas efectuadas y practicadas por las partes:

1º) D. Sergio , ciudadano ecuatoriano, el 26 de octubre de 2010 solicitó ante la Dirección Insular de la Administración General del Estado en Ibiza-Formentera la concesión de una autorización de residencia permanente o larga duración en España, acreditando la disposición de la autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena válida hasta el 24 de octubre de 2010 (2ª renovación), figurando de alta en el Registro del Padrón Municipal de Santa Eulària des Riu (Ibiza) desde el 27 de febrero de 2002.

2º) El 26 de enero de 2011, la Dirección Insular emitió dos requerimientos de subsanación al actor: primero, para que en el plazo de 10 días contados desde la notificación, aportase certificado de cancelación de antecedentes penales, con apercibimiento de tenerle por desistido (folio 22); segundo, para que abonase las tasas correspondientes, en el plazo de 8 días desde la notificación, con apercibimiento de archivo e indicando que se suspendía el procedimiento, de acuerdo con el artículo 42.5 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (folio 23). Estos requerimientos fueron notificados el 2 de febrero de 2011 (folio 24).

3º) En la misma fecha se recabó del Registro Central de Penados y Rebeldes información relativa a la situación de los antecedentes penales del interesado, contestando el mismo día (folios 27 y 28), así como

un informe ampliatorio al Grupo de Extranjeros de la Comisaría perteneciente al Cuerpo Nacional de Policía, cumplimentado el 11 de febrero siguiente (folio 31), en el que informaba que la pena de prisión se hallaba suspendida por dos años desde el 27 de junio de 2009 y la prohibición de comunicarse y aproximarse a la víctima se encontraba en vigor hasta el 21 de febrero de 2012.

4º) El 17 de febrero de 2012 se aportó ante la Dirección Insular resguardo del pago de las tasas, manifestando que incumbía a la Administración recabar el certificado de antecedentes penales, aunque ofreciéndose a presentarlos en cuanto fuesen facilitados (folio 32).

5º) El 18 de febrero de 2011 se presentó ante la Delegación de Gobierno (entrada en la Dirección Insular de Ibiza-Formentera el 23 de febrero, folio 36) un certificado expedido por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ibiza acerca de la situación de la condena, ejecutoria nº 302/2009.

6º) El 8 de marzo de 2011 se decretó el archivo de las actuaciones por el desistimiento del interesado, al no haber subsanado la aportación documental, siendo intentada su notificación el 4 de abril de 2011.

7º) El 23 de marzo de 2011 se presentó ante la Delegación del Gobierno (entrada en la Dirección Insular el 30 de marzo) una solicitud de certificado de obtención de la residencia de larga duración por silencio positivo, de acuerdo con el artículo 43.3 de la Ley 30/1992 .

TERCERO. La residencia de larga duración -anteriormente denominada residencia permanente- viene regulada en el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre), precepto que dispone:

"1. La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles. Véanse arts. 71 y ss. RD 2393/2004, de 30 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de la L 4/2000.

2. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente (...)"

Es decir, la residencia permanente se configura como un derecho para los que hayan tenido residencia temporal por cinco años de forma continuada (lo que no se discute para el recurrente) y nada se regula respecto a la carencia de antecedentes penales.

Por su parte, el artículo 73.3º del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre , por el que se aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería (aplicable por razones de vigencia temporal) establece al respecto de las solicitudes de residencia de larga duración que: *"Recibida la solicitud, o subsanada ésta, el órgano competente recabará de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales, así como aquellos informes que estime pertinentes para la tramitación y resolución del procedimiento"*.

La anterior redacción contrasta con lo previsto en la Ley Orgánica de Extranjería, artículo 31-5º y 7º , para la concesión del permiso y para la concesión de renovación de la residencia temporal: *"5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los 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.*

7. Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso:

a) Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.

b) El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social.

A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas contempladas en el art. 2.ter de esta Ley".

Así pues, cuando nos encontramos ante un permiso o autorización inicial de residencia y trabajo la tenencia de antecedentes penales determina que se deniega la misma, mientras que en el caso de encontrarnos ante una renovación de la autorización de residencia y trabajo dicha normativa permite en el

caso de existir antecedentes penales valorar dicha condena en función de las circunstancias del supuesto concreto, como exige el artículo 31.7 de la LO 4/2000 .

Cuando, como en el presente asunto, nos encontramos con un supuesto de autorización de residencia permanente o de larga duración, y a falta de norma en contrario, debe entenderse que la tenencia de antecedentes penales es un dato más a valorar por la Administración, pero no el único. Tampoco esta valoración está exenta del control jurisdiccional.

CUARTO. Por otro lado, y respecto a la obtención de la autorización de residencia permanente por efectos del silencio positivo, la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 4/2000 (modificado por la Ley Orgánica 2/2009) en su punto 2ª establece que: *"2. Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo, así como las solicitudes de autorización de residencia de larga duración que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas"*.

De igual forma el artículo 73-5 del Reglamento a propósito de la residencia permanente establece *"Se entenderá que la resolución es favorable, en el supuesto de que la administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses de la presentación de la solicitud siempre y cuando ésta se fundamente en los supuestos recogidos en el apartado 1 ... del artículo 72"*, artículo y punto que aluden al derecho a obtener la autorización de residencia permanente a los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años.

El artículo 42 -1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común obliga a la Administración a resolver siempre de forma que en los procedimientos iniciados a solicitud de parte el silencio tiene de acuerdo con el artículo 43 el carácter de silencio positivo, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario establezca lo contrario o bien se trate del derecho de petición del art 29 de la Constitución o se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público o bien se trate de impugnación de disposiciones o actos.

En definitiva, la reforma operada conceptúa al acto presunto positivo como un verdadero acto administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el acto presunto negativo, que se considera una ficción.

Así las cosas, transcurrido el plazo de 3 meses para resolver las renovaciones de los permisos de residencia y trabajo, y visto el carácter positivo del silencio ya no es posible para la administración resolver en contra del contenido del acto presunto, porque el solicitante ya ha adquirido la renovación por vía del silencio. Luego tampoco puede la administración acordar el archivo del expediente porque ya estaba en disposición de valorar la solicitud presentada en el modo y forma en que lo fue, inclusive con la desatención del requerimiento practicado y los efectos que producía en el recurrente.

El silencio administrativo conforme se regula en el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común opera en todas aquellas solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, pero no tiene el carácter de positivo, cuando no existe en el interesado ese derecho preexistente, y ello, por carecer de los requisitos básicos y esenciales.

En el caso de autos y tratándose de una solicitud de residencia permanente, procedente de una renovación del permiso de residencia, y sin que la existencia de antecedentes penales se considere causa suficiente para denegar el permiso, al estar sometido a una valoración por la Administración, la consecuencia de todo ello es clara. Al tratarse de un acto favorable para el extranjero, la administración, en su caso, deberá acudir necesariamente a la vía de revisión de sus actos (artículos 102 y siguientes) para combatir ese acto (Sentencia del TS de 28 de diciembre de 2005 y 27 de enero de 2006 .) Y el silencio en materia de extranjería opera tanto en las renovaciones de las autorizaciones temporales, como en la concesión de la autorización de residencia permanente o de larga duración.

Pues bien, atendiendo a esa doctrina y examinados los hechos de autos se observa que la solicitud de autorización de residencia permanente se presentó ante la Administración, y en concreto ante la Dirección Insular de la Administración General del Estado en Ibiza-Formentera el 26 de octubre de 2010. El plazo de 3 meses para resolver y notificar al interesado vencía el 26 de enero de 2011.

Pues bien, a pesar de que los requerimientos de subsanación del pago de las tasas y de aportación de un certificado de cancelación de antecedentes penales fueron emitidos el día final de cómputo del plazo, el 26 de enero de 2011, no fueron notificados al interesado hasta el 2 de febrero siguiente.

En el requerimiento cursado para el abono de las tasas sí se mencionaba que suspendía el procedimiento, pero desde su notificación, mientras que en la intimación para la subsanación documental acreditativa del estado de los antecedentes penales no se contenía indicación alguna al respecto.

Pues bien, resulta que el 26 de enero de 2011, el curso del procedimiento no se había suspendido, ya que no operó esta interrupción hasta el 2 de febrero siguiente, y el interesado obtuvo la concesión del permiso interesado por efectos del silencio administrativo.

Llegados a este punto cumple estimar el recurso de apelación y debemos revocar la sentencia del Juzgado, procediendo a estimar el recurso contencioso y anular el acto administrativo impugnado, debiendo la Administración dictar los actos administrativos correspondientes que permitan al recurrente la obtención del permiso de residencia permanente solicitado en fecha 26 de octubre de 2010.

QUINTO. En aplicación del artículo 139.2º de la Ley Jurisdiccional /98, procedería imponer las costas a la parte apelante si se desestima totalmente el recurso -lo que no es el caso-, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En el caso que nos ocupa, y en atención a que se ha estimado el recurso de apelación, no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS

1º) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Sergio contra la Sentencia Nº 309, de fecha 14 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de de Mallorca, la cual se revoca.

2º) ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la inactividad de la Dirección Insular de la Administración General del Estado en Ibiza y Formentera para emitir el certificado de silencio administrativo positivo solicitado el 23 de marzo de 2011 en relación con la solicitud de residencia de larga duración formulada el 26 de octubre de 2010, al no ser conforme a derecho el acto administrativo impugnado, anulándolo.

3º) Sin imposición de costas.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. D^a. Alicia Esther Ortuño Rodríguez que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.