



**GOBIERNO
DE ESPAÑA**

DELEGACIÓ DEL GOVERN A LES ILLES BALEARS DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ILLES BALEARS

ÀREA DE TREBALL I IMMIGRACIÓ ÀREA DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

Oficina d'estrangeria Oficina de extranjería

R10 16/7/11

070020130006435

Nº registro salida: 49295 / 2062321

Fecha registro salida: 10/07/2013

Fecha resolución: 10/07/2013

Asunto: Denegación de autorización de regreso de

NA0700065000001467918



Notificaciones:

07012 – Palma de Mallorca Illes Balears.

Con esta misma fecha la Sra. Delegada del Gobierno en Illes Balears ha dictado la siguiente resolución:

“VISTA la solicitud de autorización de regreso presentada en esta Oficina el día 10/07/2013 a nombre de Don [REDACTED], así como el resto de documentos que componen el expediente administrativo de referencia, se dicta la presente resolución en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 25/06/2013 se realizó la presentación de la solicitud formulada a favor del ciudadano nacional de MOLDAVIA, Don [REDACTED] IUC, con NIE [REDACTED] solicitud que fue presentada en el órgano competente para su tramitación siendo el motivo de la misma “VACACIONES FUERA DE ESPAÑA CON SU ESPOSA, [REDACTED] Y SU HIJO MENOR DE EDAD”

SEGUNDO: Durante la tramitación del expediente se constató, previa consulta a las aplicaciones informáticas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del Ministerio de Interior, así como por la documentación que respalda la solicitud, que no quedaban acreditados todos los extremos exigidos por la normativa vigente para la expedición de la autorización de regreso solicitada.

TERCERO: Para subsanar dichos defectos y en fecha distintas se requirió a la representante acreditada [REDACTED] de Don [REDACTED] C la documentación no presentada o que resultó insuficiente para la resolución, en concreto:

Con fecha 25/06/2013

- Justificante del abono de la tasa 790 – modelo 052
- Indicación de las fechas para las que solicita el viaje, que se acompañó de hoja informativa adicional

Con fecha 04/07/2013

- Certificado acreditativo de cancelación de antecedentes penales. !!

CUARTO: A pesar de la aportación de documentación, en lo relativo a la cancelación de antecedentes penales y de acuerdo con el certificado aportado, siguen constando los mismos que dieron base a la denegación de la renovación de la autorización de residencia temporal derivada de reagrupación familiar.

QUINTO: Entre la documentación que respalda la solicitud se aporta copia de la SENTENCIA Nº 364 del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EN ILLES BALEARS – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –, Sentencia que aún no ha tenido entrada en esta Oficina a fecha de hoy, relativo a las Diligencias pieza separada de medidas cautelares nº 2 JUZGADO CONTENCIOSO Nº 2 DE PALMA, por la que se estima el recurso de apelación contra el Auto nº 286/2012 dictado por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 revocándolo íntegramente y **concediendo medida cautelar positiva de prórroga de la Autorización de Trabajo y Residencia caducada, especialmente en su derecho a trabajar y residir en territorio español, entendiéndose por lo tanto suspendida la obligación de salida del territorio que llevaba implícita la denegación recurrida.**

No obstante la copia de la sentencia y el fallo de la misma no hacen mención alguna a la concesión de un trámite distinto, cual es la presente solicitud de autorización de regreso, constituyendo una documentación distinta e innecesaria para desplegar los efectos de la autorización de residir y trabajar en territorio concedida cautelarmente, al ser análoga a un visado o un documento de viaje. !!

A los anteriores fundamentos fácticos, son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: : Conforme al artículo 5 punto 4 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 y la Resolución número 18011 del Delegado del Gobierno en Illes Balears, de fecha 30 de agosto de 2011 (BOIB nº 131 del 03/09/2011), de delegación de firma de determinadas resoluciones administrativas en materia de extranjería, esta Jefatura es competente para dictar la presente resolución.



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
PALMA DE MALLORCA

S40120

JOAN LLUIS ESTELRICH N° 10 07003 PALMA
971 721739

N.I.G: 07040 45 3 2013 0000848

Procedimiento: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000002 /2013 PROCEDIMIENTO ABREVIADO 000 107 /2013

Sobre PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

De D/ña.

Letrado:

Procurador Sr./a. D./Dña . M ROMERO GASPAS DE L. HOTELLERIE

Contra D/ña . DELEGACION DE GOBIERNO DELAGACION DE GOBIERNO

Letrado: ABOGADO DEL ESTADO

Procurador Sr./a. D./Dña.

D./ D^a. ANTONIO BERNAT ROCA, Secretario de JDO.
CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 002, de los de PALMA DE MALLORCA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de DERECHOS FUNDAMENTALES 0000002 /2013 ha recaído SENTENCIA, del tenor literal:

SENTENCIA N° N° 289/13

En PALMA DE MALLORCA, a catorce de Octubre de dos mil trece.

Vistos por mí, Ilmo. Sr. D. Santiago Alejandro García Navarro, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Palma de Mallorca, los presentes autos de procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona n° 2/13, promovido por la Procuradora de los Tribunales, Dña. María del Romero Gaspar de Hotellerie de Fallois, en nombre y representación de D. Grigori Busuñic dirigido por la Letrada, Dña. Margarita Palos Nadal, siendo parte demandada la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares, representada y defendida por el Abogado del Estado, e interviniendo el Ministerio Fiscal, dicta la presente resolución con base en los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de julio de 2.013, tuvo entrada en este Juzgado escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona, presentado por la Procuradora de los Tribunales, Dña. María del Romero Gaspar de Hotellerie de Fallois, en nombre y representación de D. Grigori Busuñic, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que estima de aplicación al caso.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de fecha 23 de julio de 2.013, se acordó dar curso a la demanda y reclamar el Expediente Administrativo de la Administración demandada con carácter urgente, para que en el plazo máximo de cinco días lo remitiera, acompañado de los informes y datos que estime pertinentes..

TERCERO.- Recibido el Expediente Administrativo se acordó poner el mismo de manifiesto a la parte actora por el plazo improrrogable de ocho días para formalizar la demanda y acompañar los documentos.

Presentada la demanda, en fecha 9 de agosto de 2.013, se dio traslado a la Administración recurrida y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de ocho días contestaran a la misma. El Abogado del Estado, mediante escrito de 21 de agosto de 2.013, se opuso a la demanda interpuesta. En cambio, el Ministerio Fiscal, en alegaciones de 14 de agosto de 2.013, interesó la estimación de la demanda.

CUARTO.- Una vez practicada la prueba propuesta y admitida quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 10 de julio de 2.013 de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares que deniega la solicitud de autorización de regreso al territorio español formulada por el recurrente en fecha 15 de junio de 2.013.

El recurrente estima que se ha producido una vulneración del artículo 19 de la CE al denegarle la autorización de regreso ya que no se exige la carencia de antecedentes penales para la obtención de autorización de regreso. Por otro lado, existe resolución del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha que concede la prórroga de los efectos de la autorización de trabajo y residencia que concedía el recurrente. Además, el derecho a entrar en España de los extranjeros que por cualquier título válido en Derecho sean residentes en España y titulares del derecho a la libertad de residencia ex artículo 19 de la CE comprende el derecho a que sea concedida la autorización de regreso.

La Administración demandada se opone en base a que, aun siendo cierto que el artículo 19 de la CE dispone que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente, resulta lícito, según doctrina constitucional, que las leyes y los Tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros, y, en consecuencia, así se actuó. Por otro lado, a pesar de la sentencia dictada por el TSJ de Baleares, la competencia de autorización de regreso es

exclusivamente de la Oficina de Extranjeros de las Islas Baleares.

El Ministerio Fiscal estima que la denegación es consecuencia de una potestad inherente a la Administración, pero en todo caso reglada, que produce un bucle jurídico insalvable, a la vista de la vigencia de la medida cautelar dictada por el TSJ de Baleares, produciendo de manera indirecta el efecto denunciado por el recurrente. Así, interesa la revocación del acto impugnado.

SEGUNDO.- El artículo 19 de la CE dispone: "Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos". Por su parte, el artículo 13.1 de la Carta Magna establece: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

La adecuada resolución de la controversia que se somete a nuestra consideración exige poner de manifiesto que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente por el territorio Español a que alude nuestra Carta Magna en su artículo 19. La expresión material de dichos derechos ha sido profusamente analizada por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y así, cabe traer a colación la Sentencia 94/1.993, de 22 de Marzo, que señalaba que "la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la dignidad de la persona humana, (artículo 10.1 de la Constitución y STC 107/1.984), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, es pues lícito que las Leyes y los Tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella".

Por otro lado la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1.996, de 29 de Marzo, matiza que "los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley (artículo 13.1 de la Constitución)", lo que significa que el reconocimiento y la efectividad de este derecho está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para el acceso y estancia en el

territorio español de los ciudadanos extranjeros. Por lo tanto, los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por la autoridad competente, de conformidad con los Tratados Internacionales y la Ley. Conclusión que se ve reafirmada por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados Europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (Sentencias de 28 de Mayo de 1.985 , 21 de Junio de 1.988 , 18 de Febrero de 1.991 y 28 de Noviembre de 1.996), como también ha tenido ocasión de recordar nuestro Tribunal Constitucional, (Sentencias 242/1.994, de 20 de Julio y 331/1.997 , de 3 de Octubre).

Pero como indicó la STC 94/1993, de 22 de marzo EDJ1993/2803 , «... la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 C.E . , y STC 107/1984 , fundamento jurídico 3 EDJ1984/107), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella...». A mayor abundamiento, la STC 116/1993, de 29 de marzo EDJ1993/3111, matiza que «... los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19 , si bien en los términos que establezcan los tratados y la Ley (artículo 13.1. C.E .)...», lo que significa que el reconocimiento y efectividad de este derecho está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos para el acceso y estancia en territorio español por parte de los ciudadanos extranjeros.

Por tanto, los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la Ley (arts. 13 y 19 C .E. , SS.TC. 99/1985, de 30 de septiembre EDJ1985/99 , y 94/1993, de 22 de marzo EDJ1993/2803 ; y Declaración de 1-06-1992 , relativa al Tratado de la Unión Europea). Conclusión que se ve reafirmada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de

Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (*SS.TEDH Abdulaziz*, de 28 de mayo de 1985 EDJ1985/6983 , *Berrehab* , de 21 de junio de 1988 EDJ1988/10480 , *Moustaquim* , de 18 de febrero de 1991 EDJ1991/12501 , y *Ahmut*, de 28 de noviembre de 1996 EDJ1996/12146), lo que también ha tenido ocasión de recordar el T.C. en *Sentencia 242/1994*, de 20 de julio EDJ1994/10590 , y *Auto 331/1997*, de 3 de octubre.

TERCERO.- Expuesto cuanto antecede, la jurisprudencia citada, indefectiblemente, debe ponerse en concordancia con la regulación referente a la autorización de regreso. Así, el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, "1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. 2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso. 3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica. 4. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente. 5. La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal".

Por su parte, el artículo 5.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley

Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, debe traerse a colación, y su tenor es: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, al extranjero cuya autorización de residencia o de estancia se encuentre en periodo de renovación o prórroga se le expedirá una autorización de regreso que le permita una salida de España y el posterior retorno al territorio nacional, siempre que el solicitante acredite que ha iniciado los trámites de renovación o prórroga del título que le habilita para permanecer en España dentro del plazo legal fijado al efecto. Igualmente, el titular de una Tarjeta de Identidad de Extranjero en vigor podrá solicitar una autorización de regreso en caso de robo, extravío, destrucción o inutilización de aquélla, siempre que acredite haber presentado solicitud de duplicado de la tarjeta".

Un análisis del expediente administrativo y del devenir de los hechos nos lleva a una estimación de la demanda interpuesta. En el folio 1 del expediente administrativo obra la solicitud de autorización de regreso efectuada por el demandante en fecha 24 de junio de 2.013. En el folio 10 del expediente consta el pasaporte del recurrente debidamente sellado con las entradas y salidas efectuadas en nuestro país. El folio 18 contiene sentencia dictada por el TSJ de Baleares número 364 de fecha 30 de abril de 2.013, que concede la medida cautelar positiva de prorrogar los efectos de la autorización y residencia caducada y concedida en su día al Sr. Busquies. Efectivamente, el folio 25 recoge el permiso de residencia temporal por reagrupación familiar habilitada para trabajar con vigencia hasta el 13 de agosto de 2.011 y que motivó la precitada sentencia. El folio 28 versa sobre la información adicional par la autorización de regreso y se exige que se disponga del pasaporte en vigor y tarjeta de identificación de extranjero vigente o autorización de regreso que cubra el periodo completo del viaje hasta la vuelta a España. Y resulta acreditado que el recurrente disponía de pasaporte en vigor (válido hasta el 16 de agosto de 2.020) y de tarjeta de identificación de extranjero vigente, dado que la caducada había sido prorrogada mediante medida cautelar por la sentencia del TSJ de Baleares. Llegados a este punto, en fecha 4 de julio de 2.013, se exigió al Sr. Busquies sin estar previsto legalmente, certificado de cancelación de antecedentes penales (folio 35), siendo contestado por su representación letrada que las penas estaban cumplidas y que, además, era irrelevante a efectos de una autorización de regreso (folio 36). Finalmente, en fecha 10 de julio se dicta resolución denegatoria de la autorización interesada en base a que la sentencia y el fallo de la sentencia que concede la medida cautelar de prórroga del permiso caducado no hacen mención a la solicitud de autorización de regreso,

constituyendo una documentación innecesaria para desplegar los efectos de la autorización de residir y trabajar en territorio, concluyéndose que no se cumplen los requisitos.

La documentación obrante en autos ha acreditado que el recurrente sí cumplía con los requisitos previstos en el artículo 25 apartados 1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000. Es decir, poseía pasaporte en vigor (folio 10) y acreditaba medios suficientes al estar contratado por tiempo indefinido (folio 32). Además, aportó visado con los sellos de entrada y salida en nuestro país (folio 11). Junto a ello, ya se ha hecho constar, que el permiso de residencia temporal por reagrupación familiar que le habilitaba para trabajar había sido prorrogado como medida cautelar. Y ello no es una cuestión baladí porque además de cumplir con lo dispuesto en el artículo 25.1 anteriormente expuesto, cumplía con el requisito previsto en el artículo 5 del Real Decreto 557/2011, ya que además había iniciado los trámites para la renovación del permiso que es objeto de otro procedimiento en este Juzgado. A mayor abundamiento, la exigencia de carencia de antecedente penales no puede constituirse en requisito alguno para fundamentar la autorización de regreso. Finalmente, debe rechazarse el argumento de la resolución impugnada de que la sentencia y el fallo de la misma no hacen mención alguna a la autorización de regreso. La afirmación carece de lógica alguna puesto que la resolución tenía por objeto una cuestión distinta, cual era la concesión o no como medida cautelar de la prórroga del permiso del que gozaba el Sr. pero que, sin embargo, sí que poseía especial relevancia para conceder la autorización de regreso ya que con el otorgamiento de aquélla se cumplían los requisitos exigidos legalmente.

Todo ello conduce a afirmar que sí se produjo una vulneración del artículo 19 de la CE, puesto en relación con el artículo 13 de la misma. Si bien ya se ha precisado que los Estados disponen un amplio mecanismo para regular las entradas, salidas y expulsiones de extranjeros y que las leyes y Tratados pueden modular el derecho residir y a desplazarse libremente, ello es incompatible cuando el ciudadano extranjero cumple con todos los requisitos legales, supuesto que concurre en el caso de autos a la luz de la documental analizada y expuesta, por lo que se le debía haber concedido la autorización que, al denegarse, originaba una vulneración de su derecho a entrar y salir libremente de España.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 139 de la LJCA, en la redacción dada por la Ley 37/11, de 10 de octubre, se imponen las costas a la Administración recurrida al haberse desestimado todas sus pretensiones.

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, Dña. María del Romero Gaspar de Hotellerie de Fallois, en nombre y representación de D. C. contra la resolución de 10 de julio de 2.013 de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares que deniega la solicitud de autorización de regreso al territorio español formulada por el recurrente en fecha 15 de junio de 2.013, declarando la nulidad del acto impugnado por vulneración del artículo 19 de la CE.

Se imponen las costas a la Administración recurrida al haberse desestimado todas sus pretensiones.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en un solo efecto, en el plazo de quince días a contar desde su notificación.

Una vez firme, procédase con certificación literal de la presente, a la devolución del expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Juez que la suscribe, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

Concuerta bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo el presente testimonio en PALMA DE MALLORCA, a catorce de Octubre de dos mil trece.

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL