

SENTENCIA Nº 5/2017

En BILBAO (BIZKAIA), a dieciocho de enero de dos mil diecisiete.

El Sr. D. DIEGO ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 219/2016 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCION DE 27/04/2016 EN EXPDTE 480020160000763 DESESTIMATORIA DEL RECURSO DE REPOSICION CONTRA RESOLUCION ANTERIOR DENEGATORIA DE AUTORIZACION DE RESIDENCIA DE LARGA DURACION.

Son partes en dicho recurso: como recurrente y representado/a y dirigido/a por el/la letrado/a FRANCISCO JAVIER GALPARSORO GARCIA
; como demandada SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN VIZCAYA, representado/a y dirigido/a por el/la letrado/a

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a ha formulado recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de 27 de abril de 2016, que desestimó su recurso de reposición contra la resolución de 4 de marzo de 2016, que acuerda denegarle la autorización de residencia de larga duración solicitada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se han seguido los trámites del procedimiento abreviado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente solicita que se declare la nulidad del acto impugnado, declarándolo disconforme a Derecho y nulo y que se conceda a la recurrente la autorización de residencia de larga duración, por los motivos que se expresan a continuación de manera sintética:

1. La recurrente ha residido de manera legal y continuada en España desde el año 2007, como ha quedado acreditado en autos y exigen los arts. 32 de la Ley Orgánica 4/2000, y 148.1 del R.D. 557/11, de 20 de abril. La interrupción que refiere la resolución impugnada se debió a una grave enfermedad sobrevenida de su madre, que le obligó a desplazarse a su país para atenderla. Se hallaba en él cuando recibió noticia de que le había sido concedida la segunda renovación de la autorización de residencia y debía recogerla personalmente en la Oficina de Extranjería de

Bilbao. Sin embargo, no pudo hacerlo a tiempo, porque el consulado de España en Orán le denegó reiterada e injustificadamente el visado, pese a sus sucesivas alegaciones.

2. Incluso después de que la STSJM 561/2015, de 28 de mayo, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, declarara su derecho a obtener la autorización para el regreso, el consulado siguió denegándose antes de concedérsela finalmente. Considera el Letrado de la recurrente que la STSJM corrigió una actuación inexplicable e injustificada de la Administración General del Estado, que, desde otro órgano, la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, le recrimina ahora amargamente la falta de continuidad en la residencia para denegarle la autorización de residencia.

3. En la vista del juicio, el Letrado de la recurrente propone la consideración de los arts. 4.3 y 9.2 de la Directiva 2003/109, que expresamente prevén la posibilidad de periodos de ausencia superiores a doce meses por razones excepcionales.

SEGUNDO.- La Letrada Sustituta del Abogado del Estado interesa la desestimación del recurso porque entiende que la resolución impugnada es conforme a Derecho en base a los hechos y fundamentos contenidos en la resolución, en el expediente administrativo y en lo expuesto durante la vista oral. Sintéticamente expresados:

1. La conformidad a Derecho de la resolución denegatoria de la autorización resulta de haber resultado acreditada la falta de acreditación de residencia legal en España durante cinco años, *conditio sine qua non* para obtener la autorización de residencia de larga duración exigida en el art. 32 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante LOEX), y en el art. 148.1 del Reglamento de Extranjería, aprobado por R.D. 557/11, de 20 de abril, (en adelante RLOEX).

Conforme a la resolución impugnada la interesada manifiesta que *“ha permanecido de forma ininterrumpida”* en España, pero a continuación alega que *“tuvo que viajar urgentemente a Argelia”*, país en el que permaneció desde el 16.12.12 hasta el 30.10.15.

La recurrente interpreta erróneamente la Sentencia dictada el 28.5.15 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, pues ésta se refiere únicamente al regreso, pero en modo alguno a la residencia en España los años anteriores, circunstancia sobre la que no se pronuncia.

2. El art. 32 LOEX regula la residencia de larga duración y dispone en el apartado 2 que *“Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, y reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente (...)”*.

En idénticos términos, el art. 148 RLOEX dispone que *“Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años”*.

Pues bien, trasladada la normativa expuesta al supuesto que nos ocupa, resulta patente que la recurrente no cumple el requisito exigido legal y reglamentariamente establecido referido a la permanencia legal y continuada en España durante cinco años, y la denegación de la autorización resulta de aplicar la normativa en su literalidad de forma correcta.

TERCERO. -El marco normativo y jurisprudencial aplicable ha quedado ya expuesto por las partes. El presente recurso obliga a resolver si resulta justificada la denegación de la autorización de larga residencia como consecuencia de la interrupción de la estancia en España, que la recurrente alega que obedeció a una enfermedad grave de su madre en Argelia y a la denegación injustificada (declarada en la Sentencia de la sala del TSJ de Madrid) del visado por el consulado de España en Orán cuando, hallándose en aquella ciudad, recibió la notificación de la Oficina de Extranjería de Bilbao de que debía comparecer en el plazo de un mes para recoger personalmente aquella autorización.

La STSJM 561/2015, de 28 de mayo, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, estableció en su fundamento jurídico Segundo que: 'La parte recurrente argumenta en su recurso que la solicitud presentada ante el consulado se debió a que a la interesada tenía conocimiento de que se le había concedido autorización de residencia temporal, segunda renovación, por lo que debía volver a territorio español a recoger personalmente la tarjeta de identidad de extranjero tal como se le exigía en la resolución acordando tal concesión. Por lo tanto, el propósito de la entrada a España estaba totalmente justificado en este caso.'

Por su parte, el fundamento jurídico Tercero establece lo siguiente: "El artículo 18, apartados 5 y 6 del RD 2393/2004 (RCL 2005, 29 y 1110), aplicado por la resolución recurrida, prescribe que:

- '5. Quienes disfruten de una autorización de residencia pueden salir y volver a entrar en territorio español cuantas veces lo precisen, mientras la autorización y el pasaporte o documento análogo se encuentren en vigor.
6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, se le expedirá al extranjero cuya autorización de residencia o autorización de estancia hubiera perdido vigencia, una autorización de regreso que le permita la salida de España y posterior retorno al territorio nacional dentro de un plazo no superior a 90 días, siempre que el solicitante acredite que ha iniciado los trámites de renovación del título que le habilita para permanecer en España, dentro del plazo legal fijado al efecto. Cuando el viaje responda a una situación de necesidad, la autorización de regreso se tramitará con carácter preferente'.

El 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, que entró en vigor el 30 de junio de 2011, cuando ya se había iniciado este procedimiento administrativo dada la fecha de la presentación de la solicitud, dispone en su artículo 7.3 que "No precisarán visado para entrar en territorio español los extranjeros titulares de una Tarjeta de Identidad de Extranjero, de una tarjeta de acreditación diplomática, o de la autorización de regreso prevista en el artículo 5 ni los titulares de una Tarjeta de Identidad de Extranjero de trabajador transfronterizo respecto a la entrada en el territorio español que forma frontera con el país del trabajador, siempre que las autorizaciones

que acreditan dichos documentos hayan sido expedidas por los órganos españoles y estén vigentes en el momento de solicitar la entrada". El artículo 5.1 de dicha norma establece que "el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje en vigor que acredite su identidad y que se considere válido para tal fin, estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigible, y no estar sujeto a prohibiciones expresas de entrada. Asimismo, deberá presentar los documentos determinados en este Reglamento que justifiquen el objeto y condiciones de entrada y estancia, y acreditar la posesión de los medios económicos suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o, en su caso, estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios".

El artículo 20.5 dispone que el extranjero que disfrute de una autorización de residencia puede salir y volver a entrar en territorio español cuantas veces lo precisen, mientras su autorización y el pasaporte o documento análogo se encuentren en vigor.

En el presente caso enjuiciado se ha acreditado documentalmente que con fecha 24 de octubre de 2012 a la recurrente se le concedió por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bilbao autorización de residencia temporal, segunda renovación, en la que se le daba un plazo de un mes para que personalmente acudiera a la Comisaría Provincial de Bilbao a solicitar tarjeta de identidad de extranjera. La finalidad de la solicitud de la actora, según se refleja claramente en la misma (casilla del objeto principal del viaje) era la de regreso. En escrito de la solicitante que consta en el expediente, de fecha 27 de febrero de 2013, dirigido a ese consulado, explica que ha recibido esa resolución de autorización de residencia temporal, que su madre estaba hospitalizada y que necesitaba volver a España.

Por todo lo expuesto, ha quedado debidamente acreditado en autos el objeto y propósito de la solicitud de la actora, que no era de visado de estancia de corta duración sino de regreso que se regula por la normativa arriba expuesta. En consecuencia, el presente recurso se ha de estimar, anulando la resolución recurrida por no ser conforme a derecho (artículo 63 de la Ley 30/1992, en concordancia con la normativa de extranjería expuesta), y declarar el derecho de la recurrente a obtener autorización de regreso".

La defensa de la Administración sostiene que no correspondía a ésta analizar en el presente recurso "las causas que impidieron el regreso de la recurrente a España". Sin embargo, tanto las causas, taxativamente establecidas en la sentencia como la denegación indebida de un visado al que tenía derecho, como las consecuencias – que no pudo recoger su autorización de residencia temporal, segunda renovación, y en consecuencia no ha podido acreditar posteriormente una residencia continuada que interrumpió de manera justificada, también conforme a la citada STSJM, tienen relevancia para determinar la extensión y conformidad a Derecho de la estancia en España de la recurrente y la obligación de la Administración de tener en cuenta la duración de su estancia a los efectos de concederle la autorización de residencia correspondiente.

En consecuencia, de la valoración conjunta de la actividad probatoria desarrollada, comprendidos el contenido del expediente administrativo, la prueba aportado con la demanda y solicitada en ella y la practicado en la vista oral, procede estimar parcialmente el presente recurso y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento del procedimiento impedido por la denegación injustificada del visado (que fue declarada por la Sala de lo

Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2015 porque su ausencia del territorio nacional se había debido a una causa justificada), para que le sea concedida la autorización de residencia que la Administración le había reconocido, debió concederle en ese momento y la presente sentencia le reconoce en los términos debidos en ese momento.

CUARTO.- Conforme al artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, no procede imponer las costas causadas a ninguna de las dos partes.

En consecuencia de todo lo expuesto, pronuncio el siguiente:

FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de 27 de abril de 2016, que desestimó su recurso de reposición contra la resolución de 4 de marzo de 2016, denegatoria de la autorización de residencia de larga duración, declaro que la resolución impugnada es disconforme a Derecho y ordeno la retroacción de las actuaciones al momento de la comparecencia de la recurrente impedida por la denegación injustificada del visado declarada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2015, para obtener la autorización de residencia que en Derecho le correspondía en ese momento.

Sin expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento.

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 Banco Santander, con nº 47590000850219/16, 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.