



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2  
TOLEDO**

SENTENCIA: 00390/2016

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2**

**TOLEDO**

Modelo: N30200

MARQUES DE MENDIGORRIA, 2  
925396104

Equipo/usuario: MM

N.I.G.:

Procedimiento: **PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO (**

/  
Sobre PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

De

Abogado: VIVIANA LOZANO BENAVIDES  
RONDA DE BUENAVISTA NUMERO 55, BAJO, OFICINA 6, MODULO 3  
CENTRO COMERCIAL BUENAVISTA  
45005 TOLEDO

Contra **SUBDELEGACION DEL GOBIERNO SUBDELEGACION DEL GOBIERNO**  
Abogado: ABOGADO DEL ESTADO

**S E N T E N C I A N º 390/16**

En Toledo, a treinta de diciembre de dos mil dieciséis.

En nombre de S.M. El Rey, el Ilmo. Sr. D. Santiago Corral Diezma, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Toledo, habiendo visto en primera instancia los presentes autos de recurso contencioso-administrativo nº 270/2015, seguidos a instancias de D<sup>a</sup> , en nombre de su hija menor representados y dirigidos por la Letrada D<sup>a</sup>. Viviana Lozano Benavides,

Firma válida

Firmado por: CORRAL DIEZMA  
SANTIAGO  
CN=AC FNMT Usuarios, OU=Ceres,  
O=FNMT-RCM, C=ES

Firma válida

Firmado por: CN=SOTO MARTIN  
FABLO  
CN=AC Administración Pública,  
SERIALNUMBER=Q28260047,

contra la Subdelegación del Gobierno en Toledo, representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, sobre denegación de autorización de residencia de larga duración.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de agosto de 2015 se presentó recurso contencioso-administrativo por D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_, en nombre de su hijo menor \_\_\_\_\_ contra la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno en Toledo de 22 de julio de 2015, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto frente la resolución de 2 de junio de 2015, recaída en expediente n<sup>o</sup> \_\_\_\_\_ por la que se le deniega la solicitud de residencia de larga duración al menor \_\_\_\_\_ formulando demanda en la que, tras las alegaciones de hecho y de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictara sentencia por la que declare no conforme a derecho dicha resolución, acordando anularla y dejándola sin efecto, acordando tener derecho a la residencia de larga duración, todo ello con expresa imposición de costas a la Administración, por no haber valorado la situación en su conjunto y por no comprobar que mi representada si aportó el pasaporte caducado al expediente administrativo, así como las demás pruebas de estar residiendo de forma continuada en España, en aras del favorecimiento de los menores y su derecho a la familia.

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite el recurso por el cauce del procedimiento abreviado, se citó a las partes a la correspondiente vista que tuvo lugar el día 13 de diciembre de 2016, compareciendo las partes, ratificando la recurrente los fundamentos expuestos en la demanda y

solicitando el recibimiento a prueba y la demandada que se opuso a la demanda y solicitó el recibimiento a prueba. Recibido el juicio a prueba y propuesta la que estimaron convenientes las partes, se practicó la declarada pertinente, formulando seguidamente las partes sus conclusiones y quedando los autos conclusos y vistos para dictar sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente procedimiento la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno en Toledo de 22 de julio de 2015, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto frente la resolución de 2 de junio de 2015, recaída en expediente nº \_\_\_\_\_, por la que se le deniega la solicitud de residencia de larga duración al menor

Las razones expuestas por la Administración en la resolución administrativa dictada para denegar la renovación se basan en que el recurrente no acredita una residencia en España de cinco años de forma continuada, por haber permanecido fuera del país más de seis meses de manera consecutiva y más de diez en el período de cinco años.

La parte recurrente alega en su demanda que en ningún caso ha estado ausente los periodos indicados, entendiéndose además que la resolución recurrida infringe el derecho a la vida familiar que consagra el artículo 39 de la Constitución Española.

La Administración demandada se opone al recurso alegando, en primer término, que el pasaporte requerido en su día se ha aportado en la demanda, por lo que si se estimara el recurso deberían retrotraerse las actuaciones para que la Administración lo valorara. Además, señala que el pasaporte no se presentó en vía administrativa para que se procediera a su cotejo, y entrando en el fondo del asunto considera que no consta la residencia en España durante cinco años de forma ininterrumpida.

**SEGUNDO.**- Lo primero que debemos resolver es las alegaciones de la Abogacía del Estado en relación a que procede la retroacción de actuaciones para que la Administración valore la documental presentada en la demanda, y que el pasaporte no se presentó en vía administrativa para que se procediera a su cotejo, por lo que procedería, en este último caso, la desestimación del recurso.

Respecto a la retroacción de actuaciones esgrimida hay que traer a colación la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de castilla-La Mancha de 28 de mayo de 2009 que declara:

*“El tradicional carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa hunde sus raíces en el principio, procedente de la legislación de la segunda mitad del siglo XIX, que ante el privilegio de autotutela de la Administración, estableció el principio según el cual, antes de que un conflicto pudiera llegar ante un órgano judicial contencioso , debería haber sido objeto de una decisión administrativa sobre el mismo; decisión que de esta forma se convertía en el objeto del procedimiento judicial, en el que se determinaría su legalidad o ilegalidad, confirmándolo en el primer caso y anulándolo en el segundo. Esta conversión imperceptible del "proceso" en un " recurso " dio*

lugar a la aparición de la mencionada doctrina sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso -administrativa. Doctrina que, en una línea de evolución creciente, no se limitaba a señalar que la Jurisdicción tenía por objeto exclusivo "revisar" la legalidad de los actos administrativos, sino que suponía consecuencias fuertemente limitativas del alcance y eficacia de la propia jurisdicción como mecanismo de control: la equiparación tácita del recurso contencioso con una especie de segunda instancia posterior a la vía administrativa conllevaba, entre otros efectos, que los Tribunales contenciosos no se pudieran pronunciar sobre cuestiones que no hubieran sido planteadas o resueltas en la vía administrativa previa; que en el proceso no podía practicarse más actividad probatoria que la dirigida a revisar la ya realizada en vía administrativa; y que la inexistencia de un acto administrativo formal (expreso o presunto) impedía la apertura del proceso.

La propia LJCA de 27 de diciembre de 1956 pretendió salir al paso de esta doctrina restrictiva, al declarar en su exposición de Motivos que no se había querido concebir la Jurisdicción "como una segunda instancia; ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo. La jurisdicción contencioso -administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique -dicho sea a título enunciativo- que sea impertinente la prueba, (...) ni que sea impertinente aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración. El proceso ante la jurisdicción contencioso -administrativa no es una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional". Pero las viejas concepciones sobre el carácter revisor se mantuvieron inercialmente durante buena parte del tiempo de vigencia de la LJCA de 1956, siendo objeto

*de una lenta y progresiva superación a nivel jurisprudencial, para acabar siendo arrumbado, por la LJCA 29/1998, cuya Exposición de Motivos, que en el apartado V, Objeto del recurso , dice: "los dos primeros capítulos del Título III contienen algunas de las innovaciones más importantes que la Ley introduce en nuestro sistema de control judicial de la Administración. Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso - administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración". Pero inmediatamente el legislador puntualiza: "Del recurso contra actos, el mejor modelado en el periodo precedente, poco hay que renovar. La Ley, no obstante, depura el ordenamiento anterior de algunas normas limitativas que carecen de justificación, aunque mantiene la inadmisibilidad del recurso contra actos confirmatorios de otros firmes y consentidos. Esta última regla se apoya en elementales razones de seguridad jurídica, que no sólo deben tenerse en cuenta en favor del perjudicado por un acto administrativo , sino también en favor del interés general y de quienes puedan resultar individual o colectivamente beneficiados o amparados por él. Por lo demás, el relativo sacrificio del acceso a la tutela judicial que se mantiene por dicha causa resulta hoy menos gravoso que antaño, si se tiene en cuenta la reciente ampliación de los plazos del recurso administrativo ordinario, la falta de eficacia que la legislación en vigor atribuye, sin límite temporal alguno, a las notificaciones defectuosas e inclusive la ampliación de las facultades de revisión de oficio. Conservar esa excepción es una opción razonable y equilibrada".*

*Es decir, la superación de la doctrina del carácter revisor implica que ya no existe problema en enjuiciar en vía jurisdiccional cuantas cuestiones resulta procedente discutir para llegar a establecer el sometimiento o no a Derecho del acto impugnado, independientemente de que dichas cuestiones fueran o no tratadas en vía administrativa. El proceso contencioso administrativo es un proceso completo, en el que el actor podrá defenderse con todas las armas que el derecho le permita, debiendo pues ser abandonada la concepción de estar ante un proceso al acto que simplemente "revisa" la vía administrativa previa."*

De lo expuesto podemos concluir que no procede la retroacción interesada, tanto en aras de la economía procesal, como que en el presente procedimiento no existe traba ni obstáculo alguno para entrar al fondo del asunto ya que se ha practicado la prueba necesaria para la completa decisión de la presente Litis.

En cuanto a la falta del cotejo del pasaporte, debemos decir que la resolución recurrida nada dice sobre ese extremo, ni declara desistida a la recurrente, sino que entra en el fondo del asunto. Pero es que incluso la alegación se realiza en la vista sin impugnar en sede judicial el documento público en cuestión ni solicitar el cotejo previsto en el artículo 320 de la LEC, supletoria de la LJC.

Por tanto, las alegaciones anteriores de la Administración demandada proceden ser desestimadas.

**TERCERO.-** Quedando expedito pues, el examen del fondo del asunto propiamente dicho, lo cierto es que el recurso debe ser estimado. Debemos apreciar que la recurrente reúne el requisito de residencia ininterrumpida en España durante cinco años. Hay que tener en cuenta que

conforme dispone el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, “tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúna las condiciones que se establezcan reglamentariamente” y que “se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente”.

Por su parte el artículo 148 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la citada Ley Orgánica, en cuanto a la continuidad de la residencia establece que “la continuidad a que se refiere el apartado anterior no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro de los cinco años referidos en el apartado 1, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular” y que en “el caso de ausencias por motivos laborales, la continuación de la residencia no resultará afectada por ausencias del territorio español, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco requeridos”.

Pues bien, ciertamente consta acreditado en el presente caso, el empadronamiento del menor en la localidad de Casarrubios del Monte de desde el año 2009 (folio 37 del expediente administrativo), que ha estado escolarizado en España desde el año 2011 a 2015 (folio 29) y en el pasaporte (documento 7 de la demanda) en la página 46 figura una entrada en Marruecos el 17 de abril de 2011 y la Salida el 7 de septiembre de 2011. Por lo que sólo se acreditaría que el menor ha estado fuera de España 4 meses y

veintiún días, por lo que cumple con los requisitos para la concesión del permiso solicitado.

Además, no puede dejarse de lado, que respecto a los hermanos de la recurrente por sentencias de 29 de abril de 2016 del Juzgado Contencioso- Administrativo nº 3 de esta Ciudad y sentencia de 26 de febrero de 2015 del Juzgado Contencioso- Administrativo nº 1 también de Toledo, se han estimado los recursos planteados por los mismos, respecto a la misma causa de denegación del permiso de residencia de larga duración, por lo que sería ilógico la separación de uno de los miembros de la unidad familiar -en este caso la recurrente- y contrario al derecho a la vida familiar.

En este sentido, en lo que se refiere al concepto de “vida familiar”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se deduce un derecho a la vida familiar, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen , de 27 de junio de 1996).

Por ello, hay que entender que la actora ha acreditado haber cumplido el requisito de residencia continuada en España que exige la norma y, en consecuencia, debe estimarse que reúne los requisitos legales para que se le conceda la autorización de residencia de larga duración, debiéndose estimar el recurso.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción dada por la Ley 37/2011, no procede expresa condena en costas ya que no ha sido sino hasta el presente recurso cuando la actora ha aportado la documental determinante de la estimación del recurso -pasaporte completo-, por lo que

la Administración no ha podido valorarlo en vía administrativa, lo que justifica la no imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

### **FALLO**

Debo estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> [redacted] y D. [redacted], en nombre de su hijo menor [redacted].

contra la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno en Toledo de 22 de julio de 2015, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto frente la resolución de 2 de junio de 2015, recaída en expediente nº [redacted] por la que se le deniega la solicitud de residencia de larga duración al menor [redacted], anulando las resoluciones recurridas, y reconociendo el derecho de la menor recurrente a que la Administración le conceda la autorización de residencia de larga duración solicitada; sin expresa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia haciendo saber que la misma no es firme y contra ella cabe recurso de apelación que deberá interponerse por escrito ante este mismo Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación y del que conocerá, en su caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

La parte que pretenda interponer recurso contra esta sentencia deberá consignar, si no está exenta, un depósito de 50 euros en la cuenta de



consignaciones de este Juzgado (4330 0000 85, añadiendo número de procedimiento y el año), advirtiéndole que de no hacerlo no se admitirá a trámite el recurso, de conformidad con la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos originales, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada la anterior sentencia en el día de su fecha, mediante lectura íntegra de la misma; doy fe.

