

Roj: SAN 3168/2012  
Id Cendoj: 28079230042012100308  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 2821/2012  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: TOMAS GARCIA GONZALO  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

Madrid, a dieciocho de julio de dos mil doce.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso administrativo número 2821/12, interpuesto por D<sup>a</sup>. María del Pilar , representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Virginia Lobo Ruiz, contra la resolución de 28 de septiembre de 2011 del Director General de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por delegación de firma del Secretario de Estado, que deniega la solicitud de la autorización individual de residencia temporal; habiendo sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por la Abogacía del Estado

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** El presente contencioso comenzó por escrito de demanda presentado el 17 de febrero de 2012, en el que la parte actora, tras los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho que estimó oportuno, terminó con el Suplico: *Que tenga por presentado este escrito de demanda con sus copias y los documentos que se acompañan, y previos los trámites necesarios la estime íntegramente, declarando no ser conforme a derecho la resolución impugnada, y en consecuencia la anule, ordenando se proceda a otorgar la concesión de la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales no previstas a Doña María del Pilar , con expresa imposición de costas a la Administración demandada si se opusiere, por temeridad".*

**SEGUNDO** Tras los oportunos trámites por diligencia de ordenación de 28 de mayo de 2005 se dio traslado al Abogado del Estado para la contestación a la demanda, lo que efectuó mediante escrito presentado con fecha 5 de junio de 2012, en el que, después de alegar lo hechos y los fundamentos derecho correspondientes, terminó solicitando sentencia que desestime el recurso y confirme íntegramente la resolución impugnada, por ser conforme a derecho.

**TERCERO** Por diligencia de ordenación de 27 de junio se declararon concluidas las actuaciones y por providencia de 2 de julio de 2012 se ha señalado para votación y fallo el día once del actual mes y año, fecha en que ha tenido lugar.

Ha sido PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. D. TOMAS GARCIA GONZALO, quien expresa el parecer de la Sala.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** Es objeto de impugnación la Resolución dictada con fecha 28 de septiembre de 2011 por el Director General de Inmigración, por delegación de firma de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se deniega la solicitud de autorización individual de residencia temporal a D<sup>a</sup>. María del Pilar , solicitada en aplicación de la disposición adicional primera, apartado 4, in fine, del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 , aprobado por Real Decreto 2393/2004 .

Para concretar la cuestión litigiosa resulta de interés transcribir los Antecedentes de hecho de la resolución impugnada:

*PRIMERO El motivo alegado en la solicitud de autorización individual de residencia temporal, por circunstancias excepcionales no previstas, en base a la Disposición adicional primera 4, in fine, del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, es el hecho de ser madre de un menor de edad de nacionalidad española, nacido el 13 de junio de 2002.*

*SEGUNDO Entre la documentación aportada por la solicitante figura su empadronamiento en Madrid, desde el 27 de marzo de 2006, junto con el menor, y certificaciones relativas a su escolarización y concesión de ayuda de comedor.*

*TERCERO De los informes que se incorporan en la tramitación del expediente, se desprende que la interesada cuenta con antecedentes penales no cancelados en España, por sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial, firme desde el 6 de mayo de 2003.*

**SEGUNDO** La parte actora en los antecedentes de hecho del escrito de demanda indica que a la recurrente se le deniega la autorización de residencia temporal por unos supuestos antecedentes penales, que cuestiona.

Opone falta de motivación del acto administrativo, por cuanto no es suficiente con la afirmación carente de todo fundamento fáctico y justificación efectiva, relativa a la existencia de un informe gubernativo previo desfavorable. Considera que su solicitud de permiso de residencia por circunstancias excepcionales, cumple la totalidad de condicionantes exigidos por el RD 2393/2004, y aduce la posibilidad de neutralizar la denegación mediante la aportación al recurso de documentación que acredite la inexistencia de antecedentes, ya sean policiales o judiciales, los primeros por haber sido cancelados por circunstancias múltiples, y los segundos por el sobreseimiento libre de la causa, caducidad de la pena, prescripción del delito o cualquiera otro motivo que determine la cancelación de antecedentes penales. Hace referencia al hecho de haber sido condenado hace nueve años por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, pena que fue cumplida y en la actualidad se encuentra a la espera que se cumplan los plazos determinados en el art. 136 del Código Penal para interesar la cancelación del delito. Indica que tratándose de un hecho puntual, aislado y ya lejano en el tiempo se deben ponderar los intereses en conflicto, y hace referencia a la Ley 2/2009, con la posibilidad de renovación del permiso de residencia a los extranjeros que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.

En el breve **Fundamento de derecho**, sobre el fondo, invoca el artículo 37 del Reglamento y la nueva redacción de la LO 2/2009, y cita sentencias de Tribunales Superiores de Justicia.

El **Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda**, se remite en cuanto a los hechos al expediente administrativo, y en sus Fundamentos de derecho, argumenta que la causa de la denegación de residencia es el hecho de contar la solicitante con antecedentes penales, circunstancia que ha de valorarse a la luz de los preceptos de aplicación. Significa la excepcionalidad del supuesto que prevé la Disposición adicional primera, párrafo 4 del RD 2393/2004, y que no aprecia cuales son las razones excepcionales que concurran en la persona del demandante para que se le conceda la autorización solicitada, y por contra que hay razones para la denegación, a la luz de los antecedentes penales, con cita y transcripción de particulares de la sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 2010.

**TERCERO** El marco normativo de aplicación a los hechos puestos de manifiesto a través de tales documentos, viene constituido por las siguientes normas:

a) **La Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre.**

En su Exposición de Motivos, pone de manifiesto que:

" ... Durante la vigencia de la Ley Orgánica 8/2000, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, han acontecido diversas circunstancias que, consideradas en su conjunto, han planteando la necesidad de adaptar aquélla a los continuos cambios de un fenómeno mutable como el migratorio (...) Dichas circunstancias, unidas a la necesidad, por un lado, de adaptar la normativa interna en esta materia a las decisiones que durante los dos últimos años han sido tomadas en el seno de la Unión Europea, así como, por otro, incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo han aconsejado revisar diversos aspectos de la legislación vigente sobre extranjería e inmigración. Los objetivos que se persiguen con esta reforma de la legislación vigente son: 1. La mejora de la gestión, mediante la simplificación de los trámites administrativos, y la del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España, así como la determinación de los tipos de visado y los efectos de los mismos, y la lucha contra el uso fraudulento de los procedimientos administrativos de gestión en esta materia. Todo ello con el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio (...) El artículo primero, el más extenso, recoge las modificaciones que se introducen en determinados preceptos de la Ley Orgánica 4/2000

, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 (...) Por otra parte, los cambios en materia de visados persiguen simplificar la tramitación administrativa, en aras a favorecer la inmigración legal de los extranjeros que desean residir en España, suprimiendo trámites innecesarios. Así, el visado, una vez que el extranjero ha entrado en España, le habilita para permanecer en la situación para la que le ha sido expedido. En el cumplimiento de los objetivos fijados por la reforma una cuestión básica es la de dotar al visado de una nueva función adicional, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España. De esta manera se anuda al visado un efecto novedoso: habilitar al extranjero a permanecer en nuestro país en la situación para la que se le hubiere expedido. En la actualidad el visado carece de efecto alguno, una vez el extranjero ha entrado en España, debiendo él mismo acudir inmediatamente a las oficinas competentes para solicitar la correspondiente autorización de residencia y/o de trabajo. Con el nuevo modelo, además de lo anterior, el visado habilitará para permanecer en territorio nacional en la situación para cuyo fin haya sido concedido. En efecto, si el visado no sólo sirve para entrar en España, sino que también habilita a permanecer y, en su caso, a trabajar, carece de sentido mantener la exención del mismo, ya que su concesión no sólo serviría para eximir de un requisito de entrada en nuestro país, sino, también, para eximir de la necesaria concesión de autorización para residir y trabajar. Ello no significa que los supuestos de hecho que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado vayan a quedar sin reflejo legal, ya que los mismos se incluyen ahora en el ámbito de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, cuyos perfiles se modifican mediante la inclusión en la Ley, en unos supuestos de manera concreta y en otros de manera más genérica «de supuestos excepcionales», habilitando al reglamento para una regulación más precisa de qué situaciones tendrán cabida dentro de este enunciado genérico .»

De esa forma, en su art. 1 ["Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre"], la Ley Orgánica 14/2003, vino a establecer:

« Se modifican los artículos 1, 4, 17, 18, 19, 25, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 53, 54, 55, 58, 63, 64 y 66, así como la rúbrica del capítulo IV del título II, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; y se introducen los nuevos artículos 25 bis, 30 bis, 62 bis, 62 ter, 62 quáter, 62 quinquies y 62 sexies y 71 y las nuevas disposiciones adicionales tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava, en la Ley Orgánica 4/2000, quedando todos ellos redactados en la siguiente forma: (...) Doce. Se modifican los apartados 1, 3, 4 y 5 y se suprimen los apartados 6 y 7 del artículo 31, que quedan redactados de la siguiente forma:

«1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años .Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal, la concesión de las renovaciones y la duración de éstas, se establecerán reglamentariamente. 3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado. 4. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus 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. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena. 5. Los extranjeros con permiso de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio ».

b) El Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

El art.45 ["Autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales"], establece:

« 1. De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos determinados en este artículo, siempre que no haya mala fe del solicitante.

2. Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos: a) Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. b) A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa. c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

3. Se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en los términos previstos en el artículo 31.3 de su Reglamento de aplicación, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos a los que se refieren los artículos 31.4 y 34.1 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.

4. Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias, en los siguientes supuestos: a) A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el artículo 22.4ª, del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos. b) A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente. c) A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

5. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades podrán instar a los organismos competentes la concesión de la autorización de residencia o de residencia y trabajo a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos ...»

- En su Disposición Adicional Primera ["Atribución de competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones"], el mismo Reglamento establece:

« 4. Cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo, que podrán quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente en los términos que se fijen en aquéllas. Las instrucciones establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión de dichas autorizaciones. Asimismo, el Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento. »

**CUARTO** La doctrina de esta Sala ha sido proclive a admitir dichas autorizaciones de residencia en supuestos como el de autos, en que se invoca la Disposición Adicional 1.4 del R.D 2393/2004, respecto de los padres extranjeros de hijos nacidos en España, es decir ser ascendientes de un menor de edad con nacionalidad española, considerando que estamos ante un supuesto de concurrencia "circunstancias

excepcionales", y ello conforme a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de 1 de diciembre de 2003, recurso de Casación 5479/1999 , que tras reseñar las circunstancias del caso indica:

*« La sentencia impugnada, cuidadosamente redactada, analiza con detalle el problema y después de abordar el problema de hasta qué punto vincula al Poder judicial la taxativa relación de supuestos que esa Orden ministerial contiene, y tras hacer un concienzudo análisis de la legislación aplicable y de la jurisprudencia que la complementa, llega a la conclusión -que nuestra Sala comparte- de que el acto denegatorio impugnado debe ser anulado por ser contrario al grupo normativo cuando éste se interpreta desde los parámetros de la protección a la familia y a la buena fe procesal. No es del caso reproducir aquí la densa argumentación jurídica que hace la Sala de instancia, cuyo buen hacer en el caso aquí debatido, merece ser destacado. Bástenos con reproducir lo que este Tribunal Supremo tiene dicho reiteradamente en casos análogos, por ejemplo en la STS, sala 3ª, sección 6ª, de 14 de enero de 1997 , citada en la sentencia que impugna el Abogado del Estado. Porque, efectivamente es doctrina de nuestra Sala y sección, expresada en ésa y otras sentencias relativas a casos análogos al que nos ocupa que: «los hechos probados obligan a dispensar del visado en beneficio de una legítima reagrupación familiar, al encontrarse todos los miembros de la familia en territorio español y disfrutar el marido del derecho a trabajar y residir en España junto con sus hijos menores, lo que exime a la mujer por esta razón trascendental, de salir de nuestro territorio con el fin de obtener visado para residencia, cuya dispensa, en contra de lo establecido por la norma, se ha denegado injustificadamente. Si el propio reglamento, al que nos venimos refiriendo establece en su artículo 7.2 la posibilidad de que se pueda solicitar el visado, por causa de reagrupación familiar, por el cónyuge de extranjero residente en España, no es razonable ni justificable que si dicho cónyuge se encuentra también en España, como sucede en este caso, se le obligue a salir fuera de España para proveerse del visado con el fin de solicitar el permiso de residencia. Éste, sin duda, es uno de los supuestos contemplados por los citados artículos 5.4 y 22.3 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo , de exención de visado para residencia por existir razones excepcionales, como acertadamente ha considerado la Sala de Primera Instancia, cuya sentencia debe, en consecuencia, confirmarse, con desestimación total del recurso de apelación deducido contra la misma por el abogado del Estado ».*

Sin embargo, la apreciación de esta circunstancia, que como hemos dicho la Sala la ha considerado válida en otros contenciosos, no resulta así en este caso atendida la concurrencia de antecedentes penales en España que, al igual que ha aplicado en reiteradas sentencias, determina la aplicación de lo dispuesto en el art. 31.4 de la LO 4/2000 al que anteriormente nos hemos referido, cuya literalidad no admite dudas respecto a la concesión de autorización individual de residencia temporal. Téngase en cuenta que los antecedentes penales aparecen acreditados en el documento del Registro Central de Penados, obrante al folio 3 del expediente administrativo, que acredita que fue condenada en España en sentencia de 17 de mayo de 2002 , declarada firme el 4 de mayo de 2003 , en el sumario ordinario 5/2002, seguido por el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid, y dictada por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, como autora de un delito consumado del artículo 359 del Código Penal , sobre sustancias nocivas para la salud, a la pena de 7 años y 6 meses de prisión.

Los datos aportados no ofrecen duda en cuanto a la existencia de antecedentes penales al solicitar la autorización de residencia, y la gravedad del delito justifica la apreciación de la Administración al dictar la resolución impugnada dando respuesta a la solicitud fundamentada en la aplicación de la repetida Disposición Adicional 1.4, y como señala la propia resolución sin perjuicio de que pudiera solicitarse al amparo de otras posibilidades de regularizar la situación de los extranjeros que se encuentran en España desprovistos de autorización de residencia, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente para ello.

**QUINTO** Añadir que frente a lo mantenido de contrario, la Sala aprecia que la resolución impugnada está motivada, ya que señala la razón del rechazo, existencia de antecedentes penales, y tales antecedentes aparecen debidamente acreditados, pues ante la certificación del Registro Central a que se ha hecho referencia no se oponen sino meras posibilidades, que ni es presumible que concurran atendido el texto de la certificación, ni es posible oponerse mediante suposiciones, cuando sobre la recurrente recae la carga de la prueba de demostrar la inexactitud de un documento público, prueba que, a mayor abundamiento, se presenta muy fácil, bastaba con solicitar de la Sala que recabara la documentación procedente.

**SEXTO** En consecuencia, por las razones indicadas, ha de confirmarse la resolución impugnada y desestimar el presente recurso; con imposición de las costas procesales de acuerdo con el texto vigente del artículo 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .



VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente interpuesto por D<sup>a</sup>. María del Pilar , representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Virginia Lobo Ruiz, contra la resolución de 28 de septiembre de 2011 del Director General de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por delegación de firma del Secretario de Estado, que deniega la solicitud de la autorización individual de residencia temporal; con condena en costas a la parte demandante.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de casación ordinario.

Así por ésta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El/La Ilmo/ a. Sr/a. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ