

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE GRANADA, SECCION 4ª
ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 308/2011
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
NÚMERO 4 DE GRANADA

SENTENCIA NÚM. 2811 DE 2012

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Rafael Ruiz Álvarez

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Jesús Rivera Fernández

Doña Cristina Pérez-Piaya Moreno

En la Ciudad de Granada, a veintinueve de octubre de dos mil doce. Ante la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el **recurso de apelación número 308/2011**, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 257/2010, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 4 de Granada; siendo parte apelante _____ representado por la Procuradora, Sra. Amador Fernández, y asistido por Letrado, y como parte apelada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESADO, SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GRANADA**, en cuya representación y defensa interviene el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, citado, se dictó Sentencia nº 632/10, de fecha 16 de noviembre de 2010, en el Procedimiento Abreviado nº 257/2010, y contra la misma, dentro del plazo legal, se interpuso RECURSO DE APELACIÓN por la persona más arriba indicada, solicitando a esta Sala dicte una sentencia por la que sea estimado, con revocación de la sentencia impugnada en base a los motivos que expresa.

SEGUNDO.-Después de ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a la parte apelada, la Administración pública nombrada en el encabezamiento, para que en el plazo de quince días formulara impugnación, si convenía a su derecho; presentándose por dicha parte escrito en el que se oponía al recurso por los motivos que constan en el mismo, solicitando a esta Sala dicte una sentencia por la que sea desestimado dicho recurso de apelación, con confirmación de la sentencia recurrida por sus propios fundamentos.

TERCERO.-Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, que se registró con el número más arriba señalado, habiéndose personado ante esta Sala ambas partes, sin que ninguna haya solicitado prueba, vista o conclusiones, por lo que fue declarado concluso este procedimiento para dictar sentencia.

CUARTO.-Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora que consta en autos (16 de octubre de 2012), en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del mismo.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Rafael Ruiz Álvarez, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se interpone el presente recurso de apelación contra la Sentencia nº 632/10, de fecha 16 de noviembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 4 de Granada, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número nº 257/2010, promovido en su día por el hoy apelante, frente al acto administrativo que se señala a continuación:

Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Granada, de fecha 18 de febrero de 2010, que denegó la autorización de residencia temporal inicial, solicitada el día 2 de diciembre de 2009 por Don _____ de nacionalidad boliviana, por circunstancias excepcionales, al constar en el expediente administrativo un informe gubernativo desfavorable, en el que se reseña que el solicitante tiene antecedentes policiales y penales en España, al haber sido condenado por sentencia firme el día 8/12/2007 por el Juzgado de Instrucción nº 2 Valencia; asimismo se produce la denegación, según la citada resolución, por tener prohibida la entrada en España por un período de tres años, acordada en expediente de expulsión tramitado por la Subdelegación del Gobierno en Valencia, según resolución del 15/06/2006. En la misma resolución se le advierte que para poder residir temporalmente en España deberá solicitar el correspondiente visado de residencia en la demarcación de su residencia (consulado), y una vez concedido, efectuar la entrada en España y solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero en el plazo establecido.

SEGUNDO.-La sentencia de instancia, como se ha expuesto, desestimó el recurso contencioso-administrativo, una vez que consta probado que el recurrente tiene antecedentes penales, por lo que no concurre uno de los requisitos exigidos para la concesión de la autorización de residencia por razones de arraigo, según el artículo 45.2.b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y el artículo 31.5 de la citada Ley Orgánica.

Señala dicha sentencia que la referencia al artículo 31.3 de la LO 4/2000 carece de utilidad para justificar la pretensión del recurrente, por cuanto la concesión lo sería por "razones humanitarias", y el apartado 5 del mismo precepto no hace distinciones según el motivo de la concesión al establecer los requisitos exigibles, de manera que igualmente habría de darse el presupuesto de la ausencia de antecedentes penales. Finalmente, la sentencia apelada indica, de conformidad con el citado artículo 31, que el extranjero no ha de figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tiene firmado un convenio en tal sentido, situación que tampoco se da en el recurrente, toda vez que le consta una resolución de expulsión con la consiguiente prohibición de entrada en España y en el resto de los Estados Schengen.

TERCERO.-En el recurso de apelación, después de referirse a cuestiones ajenas a su objeto, se viene a afirmar que el apelante en su país de origen, Bolivia, no tenía antecedentes penales, y que es padre de un menor nacido en España, y que su esposa reside en este país, circunstancias que exigen la protección de su familia según la Constitución Española

De otra parte, en el mismo recurso se sostiene la obligación alimenticia que pesa sobre el recurrente respecto a su hijo menor, que puede satisfacer al contar con un trabajo y haber cotizado a la Seguridad Social, por lo que concluye su argumentación manifestando el deseo de que se corrija su situación por los Tribunales, y en apoyo de su pretensión cita el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y la línea jurisprudencial establecida por el TEDH sobre protección de la vida familiar. Finalmente, afirma que el artículo 45.2.b) del Reglamento exige la presentación de un informe de inserción social o que el solicitante cuente con vínculos familiares, y en su virtud concluye el recurso señalando que cumple con todos los requisitos para la concesión de una autorización temporal de residencia y trabajo.

CUARTO.-La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la denegación de la autorización de residencia temporal inicial, solicitada el día 2 de diciembre de 2009 por Don

, de nacionalidad boliviana, por circunstancias excepcionales de arraigo, en base a la constancia de antecedentes penales en el expediente, de conformidad con el artículo 45.2.b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y con el artículo 31.5 de la citada Ley Orgánica, pues en ambos preceptos se exige para la autorización la ausencia de antecedentes penales.

Examinado el expediente administrativo, se comprueba que el apelante reside en España desde el día 26 de noviembre de 2004 (folio 29), y que su hijo menor, es de nacionalidad española (folios 41 y siguientes). Consta al folio 49 que suscribió contrato de trabajo el día 1 de diciembre de 2009, por una duración de un año, y a continuación figura informe desfavorable, de fecha 19-01-10, sobre la práctica de determinadas diligencias policiales. Se inserta a los folios 51 y siguientes sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de Valencia, dictada con fecha 8 de diciembre de 2007, en la que se impuso al Sr. una pena de cuatro meses

de multa y privación del derecho a conducir, por la comisión de un Delito contra la Seguridad Vial.

Del certificado del Registro Central de Penados y Rebeldes (folio 58), expedido a 8/01/2010, resulta acreditado que las penas impuestas han sido cumplidas. A los folios 59 y 60 del expediente constan dos versiones de la resolución denegatoria de la autorización, de fechas 28 de enero de 2010 y 18 de febrero de 2010, siendo la última corregida por error material al amparo del artículo 105 de la Ley 30/1992, que no se trata de tal error material, pues en la segunda de las resoluciones no se mencionan ya los dos requisitos supuestamente incumplidos según la primera (no aportar certificado de antecedentes penales e informe gubernativo desfavorable), y pasa a basarse en la constancia de un informe gubernativo desfavorable y la prohibición de entrada durante 3 años (motivo nuevo), según resolución de expulsión dictada en junio de 2006 (que no figura en el expediente), pero tal resolución nunca ha sido ejecutada a la vista de los certificados de empadronamiento y residencia aportados (folios 34 y 37 del expediente), aparte de que no es causa para la denegación según el artículo 45.2.b) del Reglamento citado.

QUINTO.-La Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Granada, de fecha 28 de enero de 2010, se basaba para denegar la autorización solicitada, no ya en la existencia antecedentes penales, sino en el hecho de no haber aportado certificado de los mismos expedido por las autoridades de su país de origen, debidamente legalizado, respecto a los cinco años anteriores a su entrada en España, pero al comprobar que dicha afirmación no responde a la realidad, ya que al folio 23 del expediente figura informe de antecedentes penales expedido por Bolivia, con la legalización correspondiente del Ministerio de Asuntos Exteriores, en fecha 30 de octubre de 2009, ha procedido a rectificar dicha resolución, dictando la segunda versión de 18-02-2010 (folio 60) so pretexto de error material. En esta última resolución, ya queda como causa de la denegación la constancia de informe gubernativo desfavorable y la prohibición de entrada, pero por las razones expuestas no son causas para la denegación de la autorización de residencia conforme al artículo 45.2.b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

El citado artículo 45.2.b), en el que se ampara la solicitud de residencia, dispone expresamente que se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo en el siguiente supuesto:

“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”.

Como se puede comprobar, el precepto reglamentario transcrito únicamente alude como motivo que obsta a la concesión de la autorización a los antecedentes penales (no el informe gubernativo desfavorable), en el país de origen y en España, y ya hemos dicho que en su país de procedencia no constan y en nuestro país se encuentran extinguidos por razón de la pena (no consistió la misma en prisión, sino multa), de modo que debe atenderse a la acreditación de vínculos familiares, pues consta la residencia de la esposa en España y el nacimiento en nuestro país de un hijo menor, inscrito como español, como se indica en el recurso de apelación, y los demás requisitos exigibles han sido cumplidos en este caso, pues constan documentalmente en el expediente.

Se confirma la conclusión a la que llega esta Sala por las propias recomendaciones sobre solicitud de visado (no exigible según el artículo 31.3 LO 4/200) y documentación a aportar que se le hacen al recurrente en la propia resolución de 18 de febrero de 2010 para “residir temporalmente en España”, todo lo cual evidencia que no existía causa alguna para la denegación, y si la documentación presentada no era la exigible, debió la Subdelegación del Gobierno conceder un plazo de diez días para la subsanación, tal como ordena el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SSEXTO.-Por las razones expuestas, debemos estimar el recurso de apelación y, en consecuencia, anular y dejar sin efecto la sentencia impugnada por no ser conforme a derecho.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa, no procede hacer imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante, cuyas pretensiones son estimadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **DON** contra la Sentencia nº 632/10, de fecha 16 de noviembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Granada, en el Procedimiento Abreviado nº 257/2010 y, en consecuencia, anulamos y dejamos sin efecto la citada resolución judicial por ser contraria a derecho, debiendo la Administración competente conceder la autorización solicitada; sin hacer imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, interesándole acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.