



Roj: STSJ GAL 5101/2011
Id Cendoj: 15030330012011100635
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 556/2010
Nº de Resolución: 663/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MARIA DOLORES GALINDO GIL
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00663/2011

PONENTE: Dª MARIA DOLORES GALINDO GIL

RECURSO: RECURSO DE APELACION 556/2010

APELANTE: SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA

APELADO: Serafin

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./Dª

ALFONSO VILLAGÓMEZ CEBRIÁN.- Pte.

JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA

MARIA DOLORES GALINDO GIL

A CORUÑA , catorce de junio de 2011 .

En el RECURSO DE APELACION **556/2010** pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA, representado por el ABOGADO DEL ESTADO, contra SENTENCIA de fecha 7/06/2010 , dictada

en el procedimiento PA 6/2010 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO Núm.1 de PONTEVEDRA sobre EXTRANJERÍA. Es parte apelada don Serafin , dirigido por el letrado don JUAN CARLOS CABADA ÁLVAREZ.

Es ponente la Ilma. Sra. Dª MARIA DOLORES GALINDO GIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "que debo estimar y estimo la demanda formulada por el procurador de los Tribunales, Sr. Rivas Gandasegui, en nombre y representación de D. Serafin , contra la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno en Pontevedra, de 23 de octubre de 2009, por la que se desestima el recurso de reposición formulado por el recurrente contra la denegación de la autorización de residencia permanente solicitada por éste, que anulo por no estimarla ajustada a Derecho, procediendo, en consecuencia, la concesión de la autorización de residencia permanente solicitada por el interesado; sin hacer expresa imposición de costas".

SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN, los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada y,

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia número 140/2010, de fecha 7 de junio de 2010 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Pontevedra en autos de Procedimiento Abreviado número 6/2010, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Serafin contra resolución de fecha 23 de octubre de 2009 de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra que confirma en vía potestativa de reposición otra de fecha 3 de septiembre de 2009 por la que se le deniega solicitud de autorización de residencia permanente por constarle antecedentes penales en la base de datos del Registro Central de Penados y Rebeldes.

SEGUNDO .- Las razones por las que el Subdelegado del Gobierno en Pontevedra denegó la autorización de residencia permanente presentada por el actor ha sido porque consultada la base de datos del Registro Central de penados y rebeldes constaban los siguientes antecedentes, folio 21, una condena en sentencia de fecha 10 de septiembre de 2008, con firmeza del mismo día, en la causa seguida en el Juzgado de Instrucción número 2 de los de A Coruña, por un delito de robo con violencia o intimidación, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, que ha sido suspendida con fecha 9 de diciembre de 2008 por plazo de tres años.

La resolución gubernativa impugnada en la instancia, con apelación a las previsiones del *artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, resuelve denegar la solicitud de residencia permanente presentada por constarle los antecedentes penales antes indicados, precisando en la resolución dictada en vía potestativa de reposición, que las alegaciones formuladas no evidencian infracción del procedimiento legalmente establecido y se ha observado el principio de proporcionalidad, de modo que los hechos alegados (referentes a la concurrencia de arraigo) no enervan la resolución impugnada ya que su estimación supondría una dispensa de los requisitos que exigen las disposiciones aplicables al caso.

La sentencia de instancia, partiendo de que la normativa de aplicación es la prevista en los *artículo 54, apartado 9 y 37, apartado 3, ambos del Real Decreto 2393/2004, de 20 de diciembre*, en materia, respectivamente de renovación de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena y renovación de la autorización de residencia temporal y *artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000*, entiende que la autoridad gubernativa no ha valorado de forma adecuada, respecto de la solicitud formulada, el dato de estar la condena suspendida y las restantes circunstancias personales del recurrente, esto es, que ha completado el plazo de 5 años de residencia continuada en España, que en la actualidad tiene suscrito un contrato de trabajo con la empresa LOXISTICA INTEGRAL DO PALET, S.L., que convive con su esposa doña Milagros por reagrupación familiar desde hace dos años y que la hija común llamada Silvia de 19 años forma parte de la Armada Española como alumna de MPTM Maniobra y Navegación en la Escuela de Especialidades fundamentales de la Graña (Ferrol) ESENGRA.

En ponderación de las mismas concluye que se hace acreedor de la concesión de la autorización de residencia permanente solicitada, por lo que, anulando la resolución impugnada, acuerda aquella concesión.

TERCERO .- Contra la sentencia de instancia se alza el Abogado del Estado quien defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada, insistiendo en la existencia de antecedentes penales no cancelados, precisando que de los informes incorporados al expediente administrativo resulta evidente que, al momento de solicitar la autorización de residencia permanente aquellos no constan cancelados y, además, la condena no estaba cumplida, añadiendo que los argumentos esgrimidos por la juez a quo para estimar el recurso contencioso-administrativo no guardan relación con los preceptos de aplicación al caso.

Como ya argumentamos en las sentencias dictadas en rollos de apelación números 693/2009 y 351/2010 (entre otros), la cita de los indicados preceptos legal y reglamentario, al igual que hace el juzgador de instancia del mismo *artículo 54.9*, y el acto impugnado del *artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000*, es errónea pues todos estos preceptos se refieren a la autorización de residencia temporal, por lo que no se podrían extrapolar a este procedimiento las consecuencias a que dé lugar la aplicación de la normativa que regula una situación de hecho distinta a la que se encuentra la recurrente, quien ha solicitado una autorización de residencia permanente y no una renovación de residencia temporal.

Sin embargo para la denegación de la renovación de la residencia temporal, a que se refiere el precepto que cita la sentencia apelada, no es suficiente con la existencia de antecedentes penales. El *artículo 54.9*

del Real Decreto 2393/2004 dispone que "Será causa de denegación de las solicitudes de renovación (de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena), además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en esta sección, excepto el recogido en el apartado 1.b) del artículo anterior". Y añade que "Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran 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".

Para la renovación de este tipo de autorizaciones el mismo artículo 31 de la Ley 4/2000, dispone en su apartado séptimo que "Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso:

a) Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.

b) El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social."

Este precepto tiene su precedente en el artículo 29.4 de la Ley en su texto original, según el cual "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 del Tratado de Schengen. No será obstáculo para obtener o renovar la residencia haber cometido delito en España si ha cumplido la condena, ha sido indultado o está en situación de remisión condicional de la pena".

El contenido de este artículo 29.4 ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de febrero de 2008, en el sentido de que a efectos de renovación del permiso de residencia la regla general cuando se tenga antecedentes penales será la de denegación. Sin embargo en el caso de que el extranjero se encuentre en alguno de los supuestos que recoge el artículo 54.9 del Real Decreto 2393/2004, se otorga una potestad discrecional a la Administración a la hora de valorar si esos antecedentes penales operan como un dato negativo o no para denegar la renovación solicitada. Y aunque la redacción vigente de este precepto difiere del texto original, pues con la original la existencia de antecedentes penales no podría constituir un obstáculo para la renovación, y en la vigente sí puede servir de obstáculo para tal renovación, en todo caso se podrá valorar positivamente la situación de remisión condicional de la pena, o que el extranjero haya sido indultado, o que haya cumplido la condena.

En definitiva, la sola existencia de antecedentes penales no puede servir de base para denegar la renovación del permiso de residencia temporal. Y en el presente caso, en el que se solicita un permiso de residencia permanente o de larga duración, tampoco puede servir como razón que por sí sola justifique la denegación de este permiso, pues nada de ello resulta de lo dispuesto en los preceptos de la Ley y Reglamento de extranjería que específicamente regulan esta situación.

El artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, y en semejantes términos los artículos 71 y 72 del RD 2393/2004, dispone que "Se halla en situación de residencia permanente el extranjero que haya sido autorizado a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada, que reúna las condiciones que se establezcan reglamentariamente".

Y aunque el artículo 73.3 del Reglamento establece que "Recibida la solicitud o subsanada ésta, el órgano competente recabará de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales, así como los informes que estime pertinentes para la tramitación y resolución del procedimiento", no dice que la existencia de antecedentes penales sea causa de denegación de la solicitud.

Para conocer la incidencia que a tal efecto puedan tener los antecedentes penales, hay que acudir a la Directiva 2003/109 del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que los Estados miembros tenían que incorporar a su Derecho nacional antes del día 23 de enero de 2006 (artículo 26).

En esta norma comunitaria se dice que "el criterio principal para la adquisición del estatuto de residente de larga duración debe ser la duración de residencia en el territorio de un Estado miembro. Esta residencia debe ser legal e ininterrumpida, testimoniando con ello el enraizamiento de la persona en el país. Hay que contemplar la posibilidad de una cierta flexibilidad en función de las circunstancias que puedan impulsar a una persona a salir temporalmente del territorio. A los efectos de obtención del estatuto de residente de larga duración, los nacionales de terceros países deberán acreditar que disponen de recursos suficientes

y de un seguro de enfermedad, para evitar convertirse en una carga para el Estado miembro. Al evaluar la posesión de recursos fijos y regulares, los Estados miembros podrán tener en cuenta elementos como las cotizaciones a un régimen de pensiones y el cumplimiento de las obligaciones fiscales. Además, los nacionales de terceros países que deseen adquirir y conservar el estatuto de residente de larga duración no deben constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública. El concepto de orden público podrá incluir una condena por la comisión de un delito grave. Las razones de orden económico no deben ser motivo para denegar la concesión del estatuto de residente de larga duración y no deben considerarse que interfieran en las condiciones pertinentes".

Ya más específicamente el artículo 6 dispone que "Los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública. Al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia(...)".

Como ya se razona en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007 la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración " la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública".

Asimismo, la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40 / CE, del Consejo, de 28 de mayo), contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de " condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año " (art. 3).

Y continúa razonando la citada sentencia que "Es, por tanto, lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada 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 (SSTEDH caso Abdulaziz, 28 de mayo de 1985 ; caso Berrerhab, 21 de junio de 1988 ; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991 , y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 21996: ATC 331/1997, de 3 de octubre ".

Ahora bien, la aplicación de la Directiva 2003/109 implica que la denegación de la autorización de residencia de larga duración sólo se pueda apoyar en datos relacionados con el orden público o la seguridad pública, doctrina que aplicada al presente supuesto impide que pueda ser denegada la solicitud de residencia permanente aun constándole la condena por el delito indicado en el fundamento Segundo al tratarse de conductas que "per se" no generan una alarma social en comparación con otros ilícitos penales que involucran y afectan bienes jurídicos con una proyección de mayor inseguridad y peligrosidad para la comunidad.

Unido a lo anterior, hemos de tener en cuenta los restantes datos concurrentes y que resultan de la documental aportada de los que cabe deducir que su permanencia en territorio español no representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que impida acceder a su pretensión de obtener el permiso de residencia permanente, habida cuenta que se trata de una condena aislada por la que ha obtenido el beneficio de suspensión del cumplimiento por plazo de tres años desde el día 9 de diciembre de 2008 sin que conste la revocación del mismo por incumplimiento de alguna de las condiciones para su otorgamiento.

A mayores, no podemos desconocer las circunstancias personales antes indicadas que evidencian la existencia de una situación de arraigo familiar y laboral que ha de ser ponderada desde la perspectiva que imprime la Directiva 2003/109 de la que no resulta que el apelado represente un grave peligro para el orden o la seguridad pública sin que pueda ser considerado, de forma aislada el dato de la constancia de antecedentes penales para impedir que pueda convertir su residencia temporal en una residencia permanente y de larga duración, sin perjuicio de que la autorización que debe concedérsele se extinga si llega a concurrir alguna de las causas que recoge la normativa de aplicación y ello teniendo en cuenta que ni de la conducta previa ni de la actual puede inferirse que el recurrente suponga un amenaza contra la seguridad nacional o el orden público.

Por lo expuesto procede la desestimación del presente recurso de apelación.

CUARTO .- De conformidad con lo prevenido en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede acordar la imposición de costas a la recurrente habida cuenta la total desestimación del recurso articulado y sin que la Sala aprecie circunstancias que justifiquen la no imposición.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que con desestimación del Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia número 140/2010, de fecha 7 de junio de 2010 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Pontevedra en autos de Procedimiento Abreviado número 6/2010 debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la misma; con expresa imposición de costas a la recurrente.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0556- 10), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a MARIA DOLORES GALINDO GIL al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, catorce de junio de 2011.