



Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma del País Vasco

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 815/2011

SENTENCIA NÚMERO 107/2013

NRT

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:
DON ÁNGEL RUIZ RUIZ
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a quince de febrero de dos mil trece.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián, en recurso contencioso-administrativo número 866/2010, en el que se impugna: la resolución de 20/08/2010 de la Subdelegación del Gobierno Gipuzkoa, denegatoria de la autorización de residencia de larga duración, declaró su disconformidad a derecho y anuló, reconociendo al interesado su derecho a la autorización denegada.

Son parte:

- **APELANTE:** ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO [Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa], representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

- **APELADO:** [representado por el Procurador D. JESÚS GORROCHATEGUI ERAUZQUIN y dirigido por la Letrada Dª. VIVIANA ECHEVERRIA PASCUAL.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA.

Recepcionado en el
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

28 FEB 2013

FIGUEROA AIZUBESITANO
PROCURADOR EN EL CARGO OSPETSUA
FIRMA PROCURADOR

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por el Abogado del Estado recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

Por _____ en fecha 1 de julio de 2011 se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, suplicando se dictase sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto, con confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián, con imposición de costas al apelante.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 12/02/2013, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La Administración General del Estado interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia de 04/05/2011 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Donostia-San Sebastián por la que, estimando el recurso contencioso administrativo N°866/2010, interpuesto contra la resolución de 20/08/2010 de la Subdelegación del Gobierno Gipuzkoa, denegatoria de la autorización de residencia de larga duración, declaró su disconformidad a derecho y anuló, reconociendo al interesado su derecho a la autorización denegada.

La resolución de 20/08/2010 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa denegó al interesado, la autorización de residencia permanente a causa de sus antecedentes penales, al constarle una condena por un delito contra la salud pública en sentencia de 08/09/2009, firme el 17 siguiente, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión.

La sentencia apelada concluye que ante el silencio del artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE) y del artículo 73 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre sobre la incidencia de los antecedentes penales en la concesión de la autorización de residencia permanente, es aplicable el régimen previsto por el artículo 6 de la Directiva 2003/109/CE, de 25 noviembre relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que permite denegar la solicitud de residencia de larga duración por motivos de orden público y seguridad. Ello no obstante concluye que en el supuesto de autos no existe una afección a los conceptos de orden público y seguridad pública teniendo en cuenta las circunstancias personales del interesado y concretamente, su matrimonio con una española, y la existencia de una hija menor de edad.

Contra dicha sentencia se alza la Administración General del Estado en virtud del presente recurso de apelación alegando que el artículo 32.1 LODYLE remite al desarrollo reglamentario los requisitos necesarios para la concesión de la autorización de residencia de larga duración, resultando que el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, vigente a la fecha de la solicitud, establecía en su artículo 77 al regular el procedimiento de concesión de la autorización de residencia permanente, la necesidad de que el órgano competente recabe de oficio el certificado de antecedentes penales, exigencia que hoy reitera el reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 abril en sus artículos 149. 2. F) y 153. 2. F), que exigen que no consten condenas por delitos previstos en el ordenamiento español. A juicio de la apelante si el Reglamento exige que se recabe de oficio el certificado de antecedentes penales, la única explicación plausible es que los antecedentes han de ser valorados a efectos de la concesión de la autorización de residencia de larga duración, por lo que es ajustada derecho la resolución recurrida que deniega la autorización de residencia permanente a causa de los antecedentes penales.

A ello añade que en el marco de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25/11/2003 también procede la denegación de la autorización, puesto que la condena penal por la comisión de un delito incardinado dentro de los delitos contra la seguridad colectiva representa una clara afección al concepto de seguridad pública al que hace referencia su artículo 6.

Al recurso se opuso el recurrente favorecido por la sentencia apelada defendiendo la conformidad a derecho de dicha sentencia en atención a las circunstancias personales concurrentes, de estar casado con una española, hallarse clasificado en tercer grado y preverse un pronto acceso a la libertad condicional, el

empadronamiento desde 2003, su historia de vida laboral y la existencia de una hija escolarizada y de una nieta española que conviven en el domicilio familiar, circunstancias todas ellas que no fueron tenidas en cuenta por la resolución recurrida.

SEGUNDO: Se plantea en el presente recurso de apelación la incidencia de los antecedentes penales en el procedimiento de concesión de la autorización de residencia permanente solicitada el 18 de junio de 2010 y denegada por la resolución del 23 siguiente.

En el examen de dicha cuestión es oportuno tener presente la evolución normativa que podemos sintetizar en tres fases:

1) El art. 32 LODYLE, en la redacción dada por la lo 8/2000, de 22 de diciembre, establecía lo siguiente:

<< Artículo 32. Residencia permanente

1. La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

2. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España.>>

En desarrollo del art. 32 LODYLE el Reglamento aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, en su art. 73 al regular el procedimiento de concesión de la autorización de residencia permanente, contemplaba en su núm.3 que la autoridad competente para ello debía recabar de oficio el certificado de antecedentes penales.

2) El art. 32 LODYLE recibió una nueva redacción por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, con efectos desde el 13 de diciembre de 2009, que además de cambiar la denominación para ajustarse a la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004), que traspone a nuestro ordenamiento, remite al Reglamento a efectos de los requisitos necesarios para la concesión de la autorización de residencia permanente:

<<Artículo 32. *Residencia de larga duración*

1. *La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.*

2. *Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.*

.../...>>

3) El Reglamento aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril, vigente a partir del 30 de junio de 2011, exige en su art. 149.2.f) que los solicitantes de la autorización de residencia de larga duración de terceros países ajenos a la Unión Europea, aporten certificado de antecedentes penales o documento equivalente del país de origen o de los países en que haya residido durante los cinco últimos años "*en el que no deben constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español.*" Además de ello, en su núm.3 prevé que una vez recibida la solicitud, la Oficina de Extranjería "*recabará de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales en España...*" sin expresar en este supuesto el significado que deba atribuirse a dichos antecedentes en el supuesto de que existan.

TERCERO: El supuesto de autos, en el que la solicitud es de fecha 18 de junio de 2010, y la resolución denegatoria del 23 siguiente, se enmarca en el periodo de aplicación del art. 32 LODYLE reformado por la LO2/2009, y de la vigencia del Reglamento aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, concretamente de su art. 73.3.

En interpretación de dicho marco jurídico, numerosas sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado concluyendo que, aunque el art. 32.2 LODYLE no condiciona la concesión de autorización de residencia de larga duración tras la residencia legal continuada de cinco años a la ausencia de antecedentes penales, a diferencia del art. 31.4 en relación con la autorización de residencia temporal, al tratarse de una situación que da continuidad a la de residencia temporal, resultan de aplicación las causas de denegación prevista por el art. 53.1. RLODYLE, y concretamente las previstas en el apartado a), relativa a la existencia de antecedentes penales y la del apartado i) relativa al informe gubernativo desfavorable, conclusión que se apoya en el hecho de que el art. 73.3 RLODYLE prevea la solicitud de oficio del certificado de antecedentes penales. De ello son exponentes, sin ánimo de exhaustividad, las SSTSJ de Valencia en sentencia 533/2011, de 29 de junio; de Aragón en sentencia 453/2011, de 19 de septiembre; de Barcelona en sentencia 665/2011, de 30 de septiembre; y de Madrid en la sentencia 754/2011, de 18 de octubre.

La Sección Tercera de esta Sala se ha pronunciado al respecto en numerosos pronunciamientos de los que da cuenta la sentencia 61/2010, de 17 de febrero, sosteniendo en síntesis: a) que son situaciones diferentes con distinta regulación las correspondientes a la residencia temporal y permanente; b) que la situación de residencia permanente como consecuencia de la residencia temporal legal continuada durante cinco años se configura en el art. 32.2 LODYLE como un derecho subjetivo; c) que la regulación de la residencia permanente por los arts. 32 LODYLE y 73 de su Reglamento remiten a los arts. 4.1 y 6 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, el segundo de los cuales autoriza a denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública, ponderando la gravedad o el tipo delictivo, el peligro de la persona en cuestión, y ello teniendo en cuenta la duración de la residencia y los vínculos con el país; c) que en consecuencia la Administración ha de valorar los datos que consten sobre el extranjero que pongan de manifiesto una situación actual de riesgo para orden público o la seguridad, sin que pueda afirmarse apriorísticamente que la sola existencia de antecedentes penales excluye la concesión del estatuto de residente de larga duración.

En idéntico sentido la Sentencia 798/2011, de 13 de julio de la sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Galicia.

Pues bien aun cuando la condena que pesa sobre el recurrente, por la naturaleza y gravedad del delito, denota un peligro para la seguridad pública que justificaría la denegación de la autorización de residencia permanente o de larga duración, sin embargo no cabe desconocer la incidencia que en dicha valoración debe tener el hecho de que se halle casado con una española y que tenga una hija menor de edad, tal y como razona la sentencia apelada, tales circunstancias abogan por la concesión de la autorización, lo que conduce a la desestimación del recurso de apelación.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas causadas a la parte apelante dada la desestimación del recurso, sin que concurran razones que justifiquen su no imposición, y ello con el límite de trescientos euros en relación con los honorarios de letrado de la parte apelada.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación nº815/2011, interpuesto por la Administración General del Estado se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia de 04/05/2011 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Donostia-San Sebastián por la que, estimando el recurso contencioso administrativo Nº 866/2010, interpuesto contra la resolución de 20/08/2010 de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, denegatoria de la autorización de residencia de larga duración, declaró su disconformidad a derecho y anuló, reconociendo al interesado su derecho a la autorización denegada. Con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta instancia en los términos del último fundamento jurídico.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

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