



Roj: STSJ CL 6352/2012
Id Cendoj: 47186330032012100795
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Valladolid
Sección: 3
Nº de Recurso: 700/2012
Nº de Resolución: 2186/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA ANTONIA LALLANA DUPLA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD VALLADOLID

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 003

VALLADOLID CASTILLA-LEON C/ ANGUSTIAS S/N

SENTENCIA: 02186/2012

N.I.G: 47186 33 3 2012 0102406

Procedimiento: RECURSO DE APELACION 0000700 /2012

Sobre: EXTRANJERIA

De D./ña. SUBDELEGACION DEL GOBIERNO SUBDELEGACION DEL GOBIERNO

Representación D./Dª. ABOGADO DEL ESTADO

Contra D./Dª. Bernardo

Representación D./Dª. FRANCISCO HERNÁNDEZ SAHAGÚN

En Valladolid a veintiuno de diciembre de dos mil doce.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados, Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO, Doña **MARÍA ANTONIA LALLANA DUPLÁ**, Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ, siendo Ponente de la misma la señora **MARÍA ANTONIA LALLANA DUPLÁ**, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA Nº 2186

En el recurso de apelación contencioso-administrativo número **700/12** interpuesto por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado en virtud de la representación que por Ley ostenta, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Valladolid, de 13.06.2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 542/10 seguido por los trámites del procedimiento abreviado; habiendo comparecido como parte apelada D Bernardo , defendido por el Letrado D. Francisco Hernández Sahagún.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Valladolid se dictó sentencia el 13.06.2012, que puso fin, en instancia, al recurso contencioso-administrativo nº 542/10 seguido por los trámites del procedimiento abreviado.

La mencionada sentencia revocaba la resolución de la Delegación del Gobierno en Castilla y León de 04.08.2010, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valladolid de 28.04.2010 que denegaba la autorización de residencia de larga duración.

No conforme con la sentencia referida, la defensa de la Administración del Estado, interpuso recurso de apelación contra aquella suplicando de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo su revocación .

SEGUNDO - Tras la admisión del recurso se confirió traslado a la parte recurrente y hoy apelada para que formalizase su impugnación o adhesión a la apelación interpuesta, habiendo presentado la parte actora escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto.

TERCERO - Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, se señaló el pasado día 20 de diciembre para votación y fallo, lo que se efectuó.

Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

Es Magistrada ponente de la presente sentencia la Ilma. Sra. Dña. **MARÍA ANTONIA LALLANA DUPLÁ**, quien expresa el parecer de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Pretende la Administración del Estado la revocación de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Valladolid, de 13.06.2012, dictada en el recurso contencioso Administrativo nº 542/10 que revocaba la resolución de la Delegación del Gobierno en Castilla y León de 04.08.2010 que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valladolid de 28.04.2010 que denegaba la autorización de residencia de larga duración. Sustancialmente argumenta su pretensión revocatoria sobre la base de una aplicación incorrecta del art. 31.4 de la LOEX, en relación con el art. 54.9 del R.D. 2393/2004 , que exige para autorizar la renovación de residencia y trabajo en España de un extranjero, la valoración en su caso, de los antecedentes penales; y el error de la sentencia apelada en cuanto aprecia que a los efectos de la interpretación del concepto de delito contra el orden público o la seguridad pública contemplado en la Directiva 2003/109, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, el delito cometido por el actor de violencia contra la mujer "per se" no generan una alarma social.

El actor defiende la plena conformidad a derecho de la resolución impugnada.

SEGUNDO .- Sobre el régimen jurídico de la autorización de residencia de larga duración (arts. 31 y 32 LOEX y 54 y 73 del ROEX).

La primera matización que ha de hacerse en relación con el marco jurídico en el que analizar la cuestión suscitada en este recurso es que tanto la resolución de la Delegación del Gobierno en Castilla y León que desestimaba el recurso de alzada interpuesto como la resolución de la Subdelegación del Gobierno en León que denegaba la autorización de residencia permanente no han sido dictadas en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Todo lo contrario; se trata de analizar si la Administración demandada ha ejercido su potestad discrecional de un modo arbitrario o si por el contrario su actuación ha sido conforme a los principios que la deben inspirar (art. 9.3 CE , 3 de la Ley 30/1992 , de 26.11.1992 ...etc.).

Sobre la valoración los de antecedentes penales para conceder la autorización de residencia permanente, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo en su sentencia de 26.01.2010, nº 142 al resolver el rec. 776/09 ya falló que " *Efectivamente, el art. 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (y en parecidos términos tras la reforma de la LOEX por LO 2/2009 de 11 diciembre 2009) lo que establece y regula es el ejercicio de una potestad discrecional y no reglada, como se infiere del verbo empleado por el legislador.*

No cabe duda que la remisión que hace la LOEX al desarrollo reglamentario de los requisitos, y la expresa previsión que se hace en el art. 73.3 de ROEX a la necesaria aportación de los antecedentes penales del extranjero erigen a estos en un requisito de obligada contrastación. Los arts. 54 y 73 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, como indica la STSJ Cast-León (Bur) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 7-9-2007, nº 396/2007, rec. 105/2007, suponen que la existencia de otras penas, no remitidas, impide ex radice la concesión de la renovación. Baldíos son los intentos de la parte actora de minimizar la comisión de dos delitos "

En iguales términos, la STSJ de esta misma sala y sección que recientemente resolvía el rec. nº 726/09 razonaba « *Y en el caso que nos ocupa como quiera que la autorización de residencia permanente en realidad implica una renovación del permiso de residencia temporal que con anterioridad se ha concedido de forma renovada, es por lo que la Sala concluye que en el presente caso se trata de valorar si pese a la concurrencia de mencionado antecedente penal se pueden o no valorar las circunstancias concurrentes para conceder la*

autorización de residencia solicitada por darse alguno de los supuestos consistentes en haber cumplido la condena, haber sido indultado o encontrarse en situación de remisión condicional de la pena.

Sobre la base no discutida de que el actor era titular de una Autorización de Residencia y Trabajo Segunda Renovación con validez hasta el 16 de noviembre de 2007; que en fecha 25 de octubre de 2007 presentó solicitud de Autorización de Residencia Permanente, denegada, primero, por Resolución de 14 de diciembre de 2007 y, en alzada, por Resolución de 6 de febrero de 2008; y que había sido condenado por sentencia, firme el día 15 de diciembre de 2006, a la pena de dos años y seis meses de prisión, cuyo cumplimiento -según documentación presentada junto con el escrito de apelación- inició el 12 de enero de 2007 y extinguió el 14 de octubre de 2008, cabe significar:

a) Que si bien la resolución inicial denegó la solicitud en base a la existencia de antecedentes penales ex artículo 31.4 de la LOEx, sin embargo, y ante la invocación del solicitante en alzada de sus circunstancias familiares, la resolución confirmatoria expresamente puso de manifiesto la no concurrencia de ninguna de las circunstancias previstas en dicho precepto -entre ellas, y en lo que ahora interesa, el cumplimiento de la condena- en orden a la posibilidad de entrar a valorar la procedencia de la solicitud en base a aquellas circunstancias. Luego es claro que la Administración negó expresamente que el actor hubiera cumplido la condena, siendo carga de éste combatir tal objeción y acreditar dicho cumplimiento; y

b) Que aunque admitiéramos la temporaneidad de la prueba documental acompañada con el recurso de apelación, pese a que el actor pudo y debió aportarla con su demanda -la liquidación de condena practicada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Alcalá de Henares lleva fecha de 2 de julio de 2007-, es evidente su irrelevancia ya que en cualquier caso a la fecha de la solicitud el día 25 de octubre de 2007, momento sobre el que se proyecta la decisión de la Administración, el actor no había cumplido aún su condena, que no se extinguiría casi hasta un año después (14 de octubre de 2008). Así se desprende, en cuanto al momento en que ha de presentarse precisamente la solicitud de renovación y la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos, del artículo 54 del Reglamento, en cuya virtud "1. La renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización... 2. Junto con la solicitud de renovación deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para su concesión, de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes", todo lo cual nos lleva, como ya se anticipó, a la íntegra confirmación de la sentencia apelada ».

TERCERO .- Sobre la cuestión esencial que plantea la Administración de Estado, es decir; si es correcta la valoración de los antecedentes penales del actor en relación con sus circunstancias personales realizada por la autoridad gubernativa (art. 31.4 de la LOEx) que ha determinado la denegación de la renovación de la autorización de residencia de larga duración solicitada el 16 de febrero de 2010 (denominada residencia permanente con anterioridad a la reforma de la LO 2/2009), resulta que no se comparte la consideración del Juzgado de instancia de entender que pese al antecedente penal de la comisión de un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato (con la condena a la pena de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad y de dos años de privación y tenencia de armas, y de un año de aproximación o comunicación con la víctima) el delito cometido no crea alarma social a los efectos de constituir una amenaza contra el orden público o la seguridad pública conforme la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre, ni las circunstancias personales del actor aconsejan conceder la autorización solicitada.

Lo cierto es que la resolución impugnada, recuerda que no nos movemos en el ámbito del ejercicio de una potestad sancionadora sino estrictamente discrecional, graciable y siendo por tanto facultad de la administración demandada la valoración de la concurrencia de los requisitos legales, esencia discrecional que es precisamente lo que el Juzgado de instancia ha desconocido.

En el caso de autos tal y como resulta de la lectura de las resoluciones administrativas dictadas el 28 de abril de 2010 y el 4 de agosto de 2010, respectivamente, por la Subdelegación del Gobierno en Valladolid y la Delegación del Gobierno en Castilla y León, la razón de ser de la desestimación de la solicitud de residencia de larga duración del actor se asentaba en que al extranjero le constan antecedentes penales, siendo desfavorable el informe gubernativo emitido por el Jefe de la Oficina de Extranjeros, al haber sido condenado en sentencia firme de fecha 30/9/2009, seguida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Valladolid, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, ejecución nº 303/2009 por un delito de violencia doméstica no habitual del art. 153 párrafos primero y tercero del CP.

En el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 28 de abril de 2010 desestimatoria de la autorización de residencia de larga duración solicitada D. Bernardo alegó que tiene que hacer frente a la

manutención de su hija Natalia Estefanía de dos años. La Administración en la resolución de 4 de agosto de 2010 desestima el recurso de alzada; lo motiva en que el recurrente ha sido condenado por un delito de violencia doméstica y de género lesiones y maltrato familiar, habiéndosele impuesto entre otras condenas la prohibición de aproximarse a la víctima, prohibición que sigue en vigor, por lo que el informe gubernativo es desfavorable. Expone que únicamente cabe valorar la posibilidad de renovar la autorización de residencia, en función de las circunstancias de cada supuesto, a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido condena, los que han sido indultados, o los que se encuentren en situación de remisión condicional de la pena. " *El recurrente se encuentra en uno de esos supuestos para poder valorar sus circunstancias personales, pero son precisamente esas circunstancias familiares contra las que ha atentado y de las que tiene que estar alejado*".

Conforme a lo expuesto la Resolución de la Administración de 4 de agosto de 2010, desestimatoria del recurso de alzada, (dictada con anterioridad al cumplimiento de la pena principal que fue cumplida el 22 de octubre de 2010 (doc nº 6 de la demanda) y de la accesoria de prohibición de aproximación y comunicación que terminó en fecha 25 de noviembre de 2010 (doc. Nº 7 de la demanda), efectuó una concreta valoración de dichos antecedentes penales por la comisión de un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar, en relación con las circunstancias personales alegadas por el interesado. Así, la Administración efectuó una concreta valoración de los antecedentes penales del interesado, comisión de un delito de violencia doméstica, en relación con las circunstancias personales alegadas, la residencia en España de parte de su familia; y el tener que mantener a una hija de dos años nacida en España, con nacionalidad española con valor de simple presunción, siendo el resultado de la misma considerar que no procedía la concesión de la autorización solicitada.

Centrado el debate en determinar la legalidad de esta decisión, y sin desconocer el carácter discrecional de las autorizaciones de residencia efectuadas por la Administración, en el caso de autos, dadas las concretas circunstancias concurrentes y la gravedad del delito cometido, el actor no tiene derecho a que le sea concedida la autorización de residencia solicitada.

Así, pese a que al tiempo en que se dictó la resolución desestimatoria del recurso de alzada no se había cumplido la totalidad de las penas impuestas al actor, lo cierto es que la Administración sí entró a valorar dichos antecedentes penales en relación con las restantes circunstancias del interesado. Y esta valoración alcanzada, con base en dichos antecedentes penales, con fundamento en su comportamiento personal, dada la naturaleza del delito cometido, no se estima arbitraria ni desproporcionada. Dada la índole del delito cometido, delito de violencia doméstica y de género, maltrato en el ámbito familiar, que ponen de manifiesto de que el actor constituye una amenaza para el normal ejercicio de los derechos fundamentales y para la convivencia social, y que crean una grave alarma en nuestra sociedad no cabe sino reiterar otros pronunciamientos de esta Sala plenamente aplicables al caso y así, añadir que conforme dijimos en la sentencia de 14 de octubre de 2011, dictada en el recurso de apelación 284/2011 : " *a mayor abundamiento, 1) los delitos de malos tratos en el ámbito familiar exigen una respuesta por parte de la administración y tribunales de justicia acorde con la gravedad que la propia sociedad les atribuye. 2) No es por tanto intención de la Sala minimizar los hechos cometidos por el actor. Son circunstancias graves que tornan en plenamente justificada la denegación de lo solicitado por el demandante* ".

Finalmente se indica que no cabe que el actor invoque los intereses familiares, la relación paterno-filial con su hija menor de edad, para beneficiarse con su permanencia en España, cuando ha despreciado los intereses de su propia hija con el grave comportamiento del delito de maltrato y violencia doméstica del que ha sido víctima la madre de la menor.

En atención a todo lo expuesto debe ser estimado el recurso de apelación en su totalidad.

ÚLTIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la LJCA de 1998 y habiéndose estimado totalmente el recurso de apelación interpuesto no es procedente la imposición legal de costas.

Vistos los artículos precedentes y demás de pertinente aplicación, este Tribunal, dicta el siguiente

FALLO

Que estimamos el recurso de apelación núm. **700/12** interpuesto por Administración General del Estado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Valladolid, de 13.06.2012, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 542/10 ; que se revoca; declarando la conformidad a derecho de la resolución recurrida; sin costas en la primera instancia ni en esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ