

C/ ALFONSO... 2

2ª A GRANADA 15005

**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Nº 1 DE GRANADA**

CD 01052917374

FIRMA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 572/14

SENTENCIA Nº 237/15

En la ciudad de Granada, a 17 de Abril de 2015.

Vistos por la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María Isabel Moreno Verdejo, titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Granada, el presente procedimiento abreviado Nº 572/15, seguido contra la Resolución por la que se desestima el recurso formulado frente a la resolución por la que se deniega la renovación de autorización de trabajo y residencia-autorización de larga duración.

En el proceso constan las siguientes partes. Parte demandante: D. E. representado y asistido del Letrado Dña. Suzana Maria Garcia Staehler. Parte demandada Subdelegación de Gobierno de Granada asistida por el Abogado del Estado.

La cuantía del presente procedimiento es: indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Formulada demanda conforme a las prescripciones legales y con alegación de los hechos y fundamentos de derecho que constan en la misma, solicita la actora se dicte sentencia por la que se estime el recurso contencioso administrativo formulado y se declare nula y no ajustada a derecho la sanción impuesta.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado de la demanda a la Administración demandada, con reclamación del expediente administrativo y ordenando se emplazara a los posibles interesados, se citó a las partes para la celebración de la vista. Recibido el expediente administrativo se exhibió al actor

para que pudiera hacer alegaciones en el acto de la vista

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales esenciales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la Resolución por la que se desestima el recurso formulado frente a la resolución por la que se deniega la renovación de autorización de trabajo y residencia-autorización de larga duración.

SEGUNDO.- Al presente procedimiento le resulta de aplicación los siguientes preceptos legales:

-Artículo 147 del Real Decreto 557/11 de 20 de Abril que establece "Se halla en situación de residencia de larga duración el extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles."

-Artículo 148.1 "Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración los extranjeros que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años".

-Artículo 149.2 dispone que "La solicitud deberá acompañarse de la siguiente documentación:

f) En su caso, certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español.

3. Recibida la solicitud, la Oficina de Extranjería comprobará los tiempos de residencia previos en territorio español y recabará de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales en España, así como aquellos informes que estime pertinentes para la tramitación y resolución del procedimiento, lo que incluirá, en su caso, recabar de oficio los informes que acrediten que la persona se encuentra incluida en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo 148.3".

Del expediente administrativo resultan los siguientes datos de interés para la resolución del asunto:

El recurrente fue condenado en sentencia de fecha 6 de Junio de 2007 por el Juzgado de la violencia sobre la mujer número uno de Granada, por delito de lesiones y maltrato en el ámbito familiar a la pena de 40 días de trabajo en beneficio de la comunidad, 16 meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y cuatro meses de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima. Así mismo fue condenado por sentencia firme de 26 de Abril de 2012 por delito de tráfico de drogas sin grave daño a la salud pública a la pena de un año de prisión y multa de 104'66 €. Por sentencia firme de 29 de Junio de 2012 fue condenado por delito de violencia de género a la pena de 1 año de prisión, dos años de aproximarse a la víctima y dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

TERCERO.-Invoca el actor que la circunstancia de tener antecedentes penales no puede determinar por si sola la denegación de la autorización de residencia permanente. No se ha cuestionado que lleva cinco años residiendo en España que es padre de un ciudadano español, y respecto de los antecedentes penales ha cumplido los trabajos en beneficio de la comunidad. Que la resolución recurrida no ha motivado que la conducta del recurrente sea una amenaza grave y real para el orden público.

La Administración demandada se opone a la demanda formulada de contrario y sostiene la legalidad del acto administrativo, atendiendo a los antecedentes penales, e invoca como base de la resolución la a sentencia del TSJA con sede en Granada de 3 de Febrero de 2014, rollo de apelación 524/2913, la cual dispone que:

"SEGUNDO.-La Administración apelante expone, en síntesis, que, tratándose de una solicitud inicial de autorización de larga duración y no una renovación, es requisito imprescindible carecer de antecedentes penales.

La parte apelada replica aduciendo que la sentencia apelada es ajustada a derecho, reiterando los argumentos ya sostenidos en su demanda.

TERCERO.-La sentencia apelada, para fundar la estimación del recurso contencioso-administrativo deducido por el extranjero, nacional de Ecuador, razona que, no obstante la existencia de la condena penal, han de valorarse las circunstancias concurrentes en el extranjero, como su situación de arraigo familiar, y la naturaleza del delito y la pena impuesta.

Pues bien, el recurso de apelación ha de prosperar, ya que el Juez a quo confunde

la solicitud de renovación de residencia temporal ex artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyo apartado 7 a) si remite a una cierta discrecionalidad sobre la valoración que pueda tener la existencia de antecedentes penales en orden a la concesión o denegación de la renovación, con la solicitud de autorización de larga duración regulada en el artículo 32 del mencionado cuerpo legal, cuyo apartado 2 establece que "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..."

. Este reenvió al Reglamento de Ejecución vigente en el momento de la solicitud hay que entenderlo referido a los requisitos estatuidos en el artículo 73 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, cuyo apartado 3 disponía que, "recibida la solicitud, o subsanada ésta, el órgano competente recabará de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales, así como aquellos informes que estime pertinentes para la tramitación y resolución del procedimiento" . Como apoyo del criterio hermenéutico que defendemos, hemos de citar el vigente artículo 149 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, cuyo apartado 2 f) exige la aportación con la solicitud del "... certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español" , requisito que no concurre en el extranjero solicitante, toda vez que le consta una condena por delito de hurto a la pena de 6 meses de prisión, impuesta por sentencia firme del Juzgado de lo Penal número 1 de los de Almería (vid. folio 22 del expediente administrativo).

En cualquier caso, el extranjero apelado no ha acreditado que la condena esté cumplida, indultada o en remisión condicional, como tampoco ha probado que tenga familiares a su cargo"

CUARTO.- En el acto de la vista la recurrente aporta auto del Juzgado de lo Penal nº 5 de Granada de fecha 25 de Julio de 2014, por el que se acuerda la remisión de la pena de un año en el que había sido condenado por tráfico de drogas; solicitud de cancelación de antecedentes penal con fecha de entrada en la Delegación Territorial de Granada del Ministerio de Justicia el 13 de Abril de 2015; matrimonio celebrado con española en fecha de 13 de Febrero de 2015; certificado de empadronamiento en el mismo domicilio que el recurrente desde el 17 de Febrero de 2014. Informe de la Consejería de Salud de la esposa del recurrente a fecha de 9 de Marzo de 2015, de la resulta que estaba en su 33 semanas de gestación; sentencia de 12 de Noviembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Granada, en la que se establece una modificación régimen de visitas con el menor para que sea recogido en el punto de encuentro.

Queda constancia en el expediente administrativo que el recurrente es un padre de

un menor español y al que acredita pasar la manutención.

El estatuto de los residentes de larga duración resultante de la Directiva 2003/109/CE, incluye una protección reforzada ante la expulsión, en la medida en que su art. 12 excluye la expulsión automática en virtud de una condena penal, ya que exige que la conducta del extranjero represente una amenaza actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y en cualquier caso exige la ponderación de las circunstancias personales. Su tenor es el siguiente:

"1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico.

3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes:

a) la duración de la residencia en el territorio,

b) la edad de la persona implicada;

c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia;

d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen."

El artículo 6 de la referida Directiva dispone que "1. 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".

Se ha de tener en cuenta que en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA invocada por la Administración el supuesto de hecho no era el mismo toda vez que la sentencia parte del hecho de que "En cualquier caso, el extranjero apelado no ha acreditado que la condena esté cumplida, indultada o en remisión condicional, como tampoco ha probado que tenga familiares a su cargo"

En el presente caso se ha acreditado que tiene familiares a su cargo, y aunque algunas de estas circunstancias se ha producido con posterioridad debe tenerse en cuenta lo manifestado por la sentencia del TSJ del País Vasco, sección 2ª, de 27

de Febrero de 2015, recurso 747/2013 que argumenta:

Cuanto queda razonado conduce a la estimación del recurso de apelación y a la revocación de la sentencia apelada, toda vez que es disconforme a derecho la resolución recurrida por dos razones, la primera porque aplica indebidamente el art. 149.2.f) RLOEX a una solicitud de autorización de residencia de larga duración fundada en la previa residencia legal y continuada durante cinco años. La segunda, porque de acuerdo con el estatuto de residente de larga duración resultante de la Directiva 2003/109/CEy art. 32.1 LOEX, la mera circunstancia de que el extranjero cuente con antecedentes penales no impide por sí misma y de forma automática la autorización de residencia de larga duración, sino que requiere de la Administración una ponderación circunstanciada del caso, que se ha omitido por la resolución recurrida, que atiende a la naturaleza y gravedad del delito, a las circunstancias relativas al cumplimiento de la pena (cumplimiento, indulto, remisión condicional, suspensión), y, de otro lado, a las circunstancias personales del interesado (arraigo, vínculos, edad, consecuencias para él y su familia), siendo asimismo necesario ponderar circunstancias posteriores a la condena penal que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el interés fundamental en cuestión

A ello se añade la necesidad de valorar la ya citada Directiva 2003/1089, C.E del Consejo, que considera que ha de tenerse en cuenta para denegar la autorización que existan datos referenciados al orden público o la seguridad pública, lo que obliga al juzgador a valorar la existencia de una Sentencia de condena por delito, que supone un hecho aislado en la trayectoria del interesado en España. En definitiva, no basta con la existencia de antecedentes penales y tampoco debe olvidarse que si bien es cierto el carácter revisor de esta Jurisdicción, no puede dejar de valorarse el tiempo transcurrido desde las resoluciones impugnadas hasta la actualidad, que da lugar a una situación diferente para el internado, en relación con los antecedentes penales que son el único motivo de denegación.

Bajo estas precisiones consideramos en el caso concreto aquí debatido, que obra un informe favorable expresivo de la vocación de integración del extranjero se impone la ponderación de los antecedentes penales que no se alzan objetivamente lesivos del interés público y que deben ceder ante el valor preferente de tutela de la familia, habiendo sido probada la relación paterno-filial y el cumplimiento de sus obligaciones de cuidado con los menores comunitarios."

En el presente caso teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que concurren no se aprecia a la vista de los antecedentes penales que exista un grave peligro para la sociedad o para el orden público, pues debe tenerse en cuenta que las condenas impuestas no son superiores a un año de privación de libertad, que la última de las impuestas fue en fecha de 2012, que actualmente se ha acordado la remisión de una pena de un año impuesta por un delito de tráfico de drogas sin grave daño a la salud, sin que conste que con posterioridad haya nuevos

antecedentes policiales, y teniendo en cuenta que es padre de un menor que vive en España con el que mantiene un régimen de visitas y contribuye a la manutención de los hijos, procede estimar el presente recurso y anular la resolución recurrida.

Por lo expuesto procede estimar el presente recurso contencioso administrativo

CUARTO.-Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido completamente desestimadas y en el presente caso procede imponerlas a la Administración.

QUINTO.-Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, son susceptibles de Recurso de Apelación, con las excepciones de las letras a) y b) del Apartado 1 del art. 81 de la L.J.C.A. 29/98 de 13 de julio. En el proceso que nos ocupa, de cuantía indeterminada cabe Recurso de Apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

ESTIMAR la demanda, formulada por el Letrado Dña. Suzana Maria Garcia Staehler, en nombre de D. frente a la Resolución por la que se desestima el recurso formulado frente a la resolución por la que se deniega la autorización de residencia de larga duración, que se anula por no ser conforme a derecho con imposición de las costas procesales a la Administración.

Notifíquese la presente resolución a las partes. Contra esta sentencia cabe Recurso de Apelación, en plazo de quince días, a contar desde la notificación de la presente, a presentar en este Juzgado para ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, previa consignación del importe de 50'00 € en la cuenta de consignaciones de este Juzgado nº 1715/0000/22/0572/14, haciendo constar "recurso de apelación".

Llévese certificación literal de ésta sentencia a los autos originales y el original al Libro de su clase. Firme que sea, remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al correspondiente órgano administrativo.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACION.- Dada, leida y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Illma. Sra. Magistrada de este Juzgado, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.