



Roj: **STSJ M 266/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:266**

Id Cendoj: **28079330032018100043**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **24/01/2018**

Nº de Recurso: **874/2017**

Nº de Resolución: **45/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GUSTAVO RAMON LESCURE CEÑAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2016/0008278

Apelación nº 874/2.017

Ponente Sr. Gustavo Lescure Ceñal

Parte apelante: D. Teodulfo (Proc. D. José M^a Rico Maeso)

Parte apelada: Delegación del Gobierno en Madrid (Abogado del Estado)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SENTENCIA NÚM. 45 .

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. Pilar Maldonado Muñoz

D^a. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a veinticuatro de Enero del año dos mil dieciocho.

Visto el recurso de apelación núm. 874/17 interpuesto por el Procurador D. José M^a Rico Maeso en nombre y representación de D. Teodulfo , contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid de fecha 10 de Abril de 2.017, que desestima el recurso contencioso nº 157/16 respecto de resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid sobre denegación de autorización de residencia de larga duración; habiendo sido parte apelada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO representada por su Abogacía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La referida representación procesal de la parte impugnante formuló recurso de apelación frente a la resolución judicial reseñada, solicitando la revocación de la misma, y siguiéndose por el correspondiente



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo los trámites procedimentales previstos en los artículos 80.3 y 85 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1.998.

SEGUNDO .- Recibidas en esta Sala las actuaciones y documentaciones correspondientes al recurso de apelación, y efectuados los trámites que constan en los autos, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso de apelación, que tuvo lugar el día 24 de Enero de 2.018.

Siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. Gustavo Lescure Ceñal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de apelación versa sobre la Sentencia dictada el 10 de Abril de 2.017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid que en el recurso contencioso nº 157/16 del ciudadano ecuatoriano D. Teodulfo , de un lado anula la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 11/02/2.016 que declaró la inadmisibilidad del recurso de reposición por extemporáneo frente a la Resolución de 15/06/2.015, y de otro lado confirma esta resolución que denegó al recurrente la autorización de residencia de larga duración solicitada el 08/05/2.015, al constarle antecedentes penales en España y haberse emitido informe gubernativo previo desfavorable.

Tal resolución hace constar los siguientes antecedentes penales:

- Sentencia firme de fecha 20/06/2.009, en juicio rápido nº 64/2.009, dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 23 de Madrid , por un delito de conducción sin permiso o retirado cautelar o definitivamente;
- Sentencia firme de fecha 12/01/2.011, en juicio rápido nº 1/2.011, dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Parla , por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas;
- Sentencia firme de fecha 02/12/2.010 , en procedimiento abreviado nº 79/2.010, dictada por el Juzgado Central de lo Penal de Madrid, por un delito de tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución.

Se recoge asimismo que la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Madrid emitió informe de 12/06/2.015 en sentido desfavorable motivado por "Antecedentes penales. Fecha de Sentencia de 12/01/2.011 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Getafe por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas".

El Juzgador de instancia, tras la anulación de la inadmisibilidad por extemporaneidad del recurso de reposición, confirma la Resolución inicial de 15/06/2.015 recogiendo la normativa que considera aplicable y razonando sustancialmente: "(...) Tomando en consideración el tipo de delitos se pone de manifiesto un menoscabo del orden público y seguridad pública, habiendo dado lugar a las condenas impuestas al interesado, que pone de relieve la existencia de una conducta personal que constituye una amenaza real y suficientemente grave que afecta al orden público. Sin que las relaciones familiares a que alude puedan ser un burladero a su actividad delictiva".

SEGUNDO .- La parte actora apelante solicita la revocación de la sentencia recurrida y de la resolución administrativa que confirma, en orden a la declaración del derecho de la recurrente a obtener la autorización de residencia de larga duración solicitada, alegando en síntesis: que los antecedentes penales remiten a condenas de escasa entidad por conducción sin permiso y por alcoholemia, que no superan ninguna el año de prisión, estando ya cumplidas las multas correspondientes, y siendo tales antecedentes susceptibles de cancelación al ser la última condena del año 2.011 por pena menos grave; que tanto la doctrina jurisprudencial como la normativa europea mantienen que se debe realizar un examen exhaustivo de las circunstancias particulares del caso, y que las condenas deben ser por delitos que atenten contra el orden público, lo que no puede predicarse de simples delitos por conducción sin permiso o por alcoholemia; que además que desde la última condena el recurrente ha tenido tres hijos con dos parejas distintas, siendo la última residente legal en España que ha solicitado la nacionalidad española; y que el recurrente lleva más de 10 años en España, habiendo tenido varias tarjetas de residencia, y trabajado realizando instalaciones telefónicas, y actualmente en una empresa de paquetería desde hace un año.

Por el Abogado del Estado se insta la confirmación de la sentencia apelada por los argumentos de su escrito de oposición a la apelación, coincidentes sustancialmente con los de la sentencia y que se dan por reproducidos.

TERCERO .- Para la correcta resolución del recurso se hace necesario recordar lo que al respecto dispone la normativa aplicable. Señala el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 4/2.000 sobre Extranjería , reformada por Leyes Orgánicas 8/2.000 y 14/2.003 que "tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada...". En los mismos términos se pronuncia el artículo 148.1 del



Real Decreto 557/2.011 del Reglamento de Extranjería , precisando el artículo 149, en orden al procedimiento de tramitación de esta solicitud, 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"* .

Con relación a la valoración de los antecedentes penales, el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2.000 señala para los casos de residencia temporal lo siguiente: *" 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 de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido"* ; disponiendo en cambio su número 7 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"* . En términos similares se pronuncia el artículo 54.9 del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2.011) para los supuestos de renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando señala de forma reiterada para los distintos supuestos de renovación 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"*.

Este Tribunal tiene dicho, conforme a la normativa reguladora de la materia, que cuando se está ante un permiso o autorización inicial de residencia y trabajo, la tenencia de antecedentes penales determina que ha de denegarse la misma, mientras que en el caso de estarse ante una renovación de la autorización de residencia y trabajo, dicha normativa permite en el caso de existir antecedente penal valorar dicha condena en función de las circunstancias del supuesto concreto, y siendo así que la autorización de residencia de larga duración en realidad implica una renovación del permiso de residencia temporal que con anterioridad se ha concedido de forma renovada, resultan de aplicación los preceptos reseñados aunque propiamente contemplen la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, y no la autorización de residencia de larga duración.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la regulación de la residencia de larga duración la única referencia que se hace a antecedentes penales en España es al establecer el procedimiento disponiendo que el órgano competente recabará de oficio el correspondiente certificado, y atendiendo, como hemos dicho, a que esta figura de la residencia de larga duración es en realidad una renovación de otra autorización anterior renovada, entendemos que procede la aplicación del artículo antes citado que establece: *" Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieren 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 "*.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de Febrero de 2.008 , tiene declarado que la existencia de antecedentes penales no es impedimento para la concesión de la renovación si se está en alguna de las circunstancias expresamente indicadas en el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2.000 (*"hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena"*).

La misma necesidad de valoración de las circunstancias concurrentes resulta de la Directiva 2.003/109/CE del Consejo Europeo , relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que entró en vigor en fecha 23 de Enero de 2.004, cuyo artículo 4.1 señala : *" Los Estados miembros concederán el estatuto de residente de larga duración a los nacionales de terceros países que hayan residido legal e ininterrumpidamente en su territorio durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente "*.

A su vez el artículo 6 de la Directiva, dentro del epígrafe "Orden público y seguridad pública", refiere 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 "*.

Habiendo finalizado el periodo de trasposición de la Directiva 2.003/109/ CE el 23 de Enero de 2.006, el reconocimiento del derecho a la residencia permanente, de conformidad con el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2.000 , en relación con la Directiva, exige que para la denegación de la situación de residencia permanente existan datos referenciados al orden público o a la seguridad pública que justifiquen tal denegación, lo que implica que la Administración Pública tome en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden



público o la seguridad pública, o el peligro que representa el extranjero en cuestión, teniendo en cuenta la duración de la residencia y la existencia de vínculos en España.

Según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 2.007 (recurso 148/2.005 , <<al respecto, merece destacarse la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109 / CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que 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" (art. 6). 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 de 2001), 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)>>.

Lo expuesto implica que los antecedentes penales no determinan por sí solos la denegación de la autorización de residencia de larga duración, y que se impone a la Administración la obligación de valorar las circunstancias personales del solicitante cuando o bien se ha cumplido la condena, o bien se ha obtenido el indulto, o bien se ha obtenido la remisión condicional de la pena.

En el caso de los presentes autos, este Tribunal, en contra del criterio acogido por la Sentencia de instancia y la resolución administrativa recurrida, considera que en el presente caso se dan esas circunstancias que, pese a los antecedentes penales de referencia, habilitan conceder la autorización de residencia de larga duración solicitada, sobre la base de que todas las correspondientes condenas habían sido ya cumplidas a la fecha de la solicitud de tal autorización y los antecedentes penales devenían ya entonces susceptibles de cancelación por aplicación de lo previsto en el artículo 136 del Código Penal . A lo que debe de añadirse, como circunstancias que también son ciertas y concurren en la persona del solicitante, que dichas condenas lo fueron por hechos relacionados con la conducción de vehículos que no se han vuelto a repetir desde 2.011, por lo que no se considera que el hoy apelante constituya una amenaza grave y actual - con referencia al año 2.015 de su solicitud de la autorización de residencia de larga duración - para al orden o la seguridad pública a lo que hay que añadir sus circunstancias personales, familiares y laborales invocadas y acreditadas, determinantes de un suficiente arraigo en España.

Todos estos datos que concurren en el presente supuesto llevan a la Sala a concluir que asiste al recurrente el derecho a la autorización de residencia de larga duración solicitada, y ello porque pese al demérito que pudieran implicar las condenas penales, se considera contrarrestado de forma bastante por el resto de circunstancias descritas y que a juicio de la Sala le hacen acreedor de la concesión de tal autorización, habiéndose así pronunciado esta Sección con relación a casos semejantes al presente en Sentencias de 21 y 22 de Marzo de 2.011 (recursos de apelación 309 y 437/10), y más recientemente en Sentencia de 13 de Julio de 2.017 (recurso de apelación 273/17).

CUARTO .- No se aprecian motivos para la imposición de las costas procesales de esta segunda instancia (art. 139.2 "in fine" de la Ley Jurisdiccional 29/1.998).

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN de D. Teodulfo y revocamos la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 9 de Madrid reseñada en el encabezamiento de la presente, y CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO a que remite, anulamos la Resolución de la Delegación del Gobierno impugnada, reconociendo al recurrente el derecho a la autorización de residencia de larga duración solicitada, sin pronunciamiento sobre costas procesales.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta- expediente nº 2608-0000-85-0874-17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata



de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0874-17 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ