

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Apelación número 309/2010

Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 8 P.A. número 1144/08.

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Apelante: Don [REDACTED]

Letrado: Don Javier Bandin Sotelo

Apelado: Delegación del Gobierno
Abogado del Estado

SENTENCIA nº 128

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 21 de marzo del año 2011, visto por la Sala el Recurso arriba referido, interpuesto por la representación de Don [REDACTED] contra la Sentencia dictada en fecha 16 de marzo de 2010, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de esta capital, en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el nº 1144/08, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo realizada por la Jefatura Superior de Policía de Madrid del recurso de reposición interpuesto por el recurrente contra la Resolución de la misma Jefatura de fecha 5 de junio de 2008 que denegó la solicitud de autorización de residencia permanente realizada por el recurrente.

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte, que expresa el parecer de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso recurso de apelación por la representación de Don [REDACTED] contra la Sentencia dictada en fecha 16 de marzo

de 2010, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de esta capital, solicitando la revocación de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- La parte apelada se opuso al recurso solicitando su desestimación.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala se señaló el día 21 de marzo del año 2011 para deliberación, votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de Don [REDACTED] interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada en fecha 16 de marzo de 2010, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de esta capital, en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el nº 1144/08, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo realizada por la Jefatura Superior de Policía de Madrid del recurso de reposición interpuesto por el recurrente contra la Resolución de la misma Jefatura de fecha 5 de junio de 2008 que denegó la autorización de residencia permanente solicitada por el recurrente por tener antecedentes penales.

El Juez de instancia – tras transcribir el contenido del art. 31 de la LO 4/2000 en su redacción dada por la LO 8/2000 y 14/2003 y art. 54.9 del Real Decreto 2393/04 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la LO - parte de que el recurrente fue condenado por Sentencia firme de 2 de enero de 2007 (dilig. urgentes 98/2006) del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Navalcarnero como autor responsable de un delito (maltrato y amenazas en el ámbito familiar) recogido en el art. 153 del Código Penal a la pena de prisión de seis meses con inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la privación de la tenencia y porte de armas durante dos años y a la prohibición de acercarse a la víctima, a su domicilio, a su lugar de trabajo y comunicarse con ella a una distancia no inferior a 200 metros, durante dos años y a que indemnice a Ana Lucia Morocho Sagña con la cantidad de 230 euros y de que por Auto de fecha 2 de enero de 2007 se suspendió la condena de la pena de prisión por tiempo de dos años condicionada a que no se incumpliera la prohibición de acercamiento y comunicación por parte del imputado, de donde razona, se desprende que al tiempo de la solicitud de la autorización de residencia (2 de agosto de 2007) el recurrente tenía y le constaban antecedentes

penales no cancelados y tenía suspendida la condena a condición de que no se incumpliera la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima del delito, considerando que en tal situación la Resolución administrativa impugnada era conforme a derecho al no proceder la concesión del permiso de residencia por la existencia de antecedentes penales y por no existir remisión condicional de la pena porque la suspensión se condicionó a no incumplir la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima y los cónyuges seguían viviendo juntos.

SEGUNDO.- El apelante discrepa de la Sentencia apelada solicitando su revocación y la concesión del permiso de residencia solicitado, alegando que tuvo con anterioridad a realizar esta solicitud dos autorizaciones de residencia temporales, que solo ha sido condenado una vez en una condena de conformidad en fecha 2 de enero de 2007 que le fue suspendida ese mismo día siéndole concedida la suspensión condicional de la condena por medio de Auto de la misma fecha, condena que tenía suspendida al tiempo de solicitar la renovación del permiso de residencia, que la existencia de antecedentes penales no impide de modo automático conceder una renovación de una autorización de permiso de residencia si se está en situación de remisión condicional de la condena, que reside en España desde hace 9 años, que ha trabajado de forma continuada, que convive con su esposa y su hija de forma libre, voluntaria y consentida y que tiene arraigo en nuestro país.

Por su parte, la Abogacía del Estado se opone al recurso de apelación, manifestando que efectúa una remisión a los fundamentos jurídicos expuestos en la Sentencia apelada, por considerar que la misma es conforme a Derecho y que no merece reproche jurídico alguno.

TERCERO.- Para la correcta resolución del recurso se hace necesario recordar lo que al respecto dispone la normativa aplicable. Señala el art. 32.2 de la L.O. 4/2000, reformada por la L.O. 8/2000 y 14/2003 que "tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada..."; en los mismos términos dispone el art. 72.1 del R.D. 2393/2004, precisando en orden al procedimiento de tramitación de esta solicitud el art. 73.3 siguiente 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". En orden a cómo debe valorarse los antecedentes penales, el art. 31.4 de la L.O. 4/2000 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. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia 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". En término similares deponen el art. 54.9 del Reglamento de Extranjería para los supuestos de renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando señala lo siguiente: "Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, 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. 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". Por el contrario el art. 53.1.a) del mismo R.D. señala que se denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los siguiente supuestos: "cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existente en el ordenamiento español,", precisando también el art. 53.1.i) que también se denegará dicha autorización "cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable".

De todo lo dicho resulta que cuando nos encontramos ante un permiso o autorización inicial de residencia y trabajo la tenencia de antecedentes penales determina que se deniega la misma, mientras que en el caso de encontrarnos ante una renovación de la autorización de residencia y trabajo dicha normativa permite en el caso de existir antecedentes penales valorar dicha condena en función de las circunstancias del supuesto concreto, como exige el art. 31.4 de la L.O. 4/2000 y el art. 54.9 del R.D. 2393/2004.

En el caso de autos 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 entendemos que se debe valorar ,si pese a la concurrencia de un antecedente penal (condenado por Sentencia firme de 2 de enero de 2007 (dilig. urgentes 98/2006) del Juzgado de

Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Navalcarnero como autor responsable de un delito (maltrato y amenazas en el ámbito familiar) recogido en el art. 153 del Código Penal, a que anteriormente nos hemos referido y sin que se haya acreditado, pese a lo que figura en la hoja histórico penal que tenga dos Sentencias condenatorias y no una, apreciando errores en la hoja histórico penal en la que por ejemplo figura que los hechos por los que se dictó Sentencia en la causa 98/2006 ocurrieron el 31 de diciembre de 2006, cuando en la Sentencia dictada en dichas diligencias y aportada como prueba documental figura que tuvieron lugar el 1 de enero de 2007 que es la fecha de los hechos a que se refiere la causa 2/2007, sin que figure tampoco el número de ejecutoria a que supuestamente habría dado lugar esta condena) las circunstancias que concurren en el presente supuesto habilitan para conceder la autorización de residencia solicitada.

La Sala, en contra del criterio acogido por la sentencia de instancia y por las resoluciones administrativas recurridas, considera que en el presente caso se dan esas circunstancias que pese al citado antecedente penal, aconsejan conceder la autorización de residencia permanente solicitada. Y ello es así, porque pese a ser cierto el citado antecedente penal, a la fecha en que el permiso se solicita el recurrente se encontraba en la situación de remisión condicional de la pena, teniendo declarado el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, en su Sentencia de 25 de febrero de 2008 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 art. 31.4 de la L.O. 4/2000 (hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena) así como que la expresión "estar en situación de remisión condicional", debe entenderse como equivalente a estarse en situación de suspensión condicional de la pena ya que técnicamente no existe "situación de remisión condicional" sino situación de suspensión que, una vez finalizada, produce la remisión de la pena como acto único, no como "situación" (art. 85.2º CP). A lo que deben de añadirse las siguientes circunstancias que también son ciertas y concurren en la persona del solicitante, primero, que dicha condena (y no se ha demostrado lo contrario) lo fue por unos hechos aislados que no consta se hayan repetido, siendo así que las partes afectadas por la Sentencia están viviendo juntas de forma libre, voluntaria y consentida junto con su hijo menor de edad; la pena de prisión impuesta es inferior al año, que es el límite inferior de la pena privativa de libertad que determina y constituye causa de expulsión según el art. 57.2 de la L.O. 4/2000 reformada por la L.O. 8/2000 y 14/2003; que el solicitante lleva residiendo en España al tiempo de la solicitud más de cinco años

como lo corrobora la concatenación de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de los que ha sido beneficiario; lleva asimismo trabajando en España y de alta en la TGSS de forma prácticamente ininterrumpida desde el 15 de octubre de 2001, contando con un contrato de trabajo indefinido; es titular junto con su esposa de una vivienda en arrendamiento y de dos libretas de ahorro y su esposa y su hijo dependen económicamente de él, careciendo su esposa de permiso de trabajo en España, siendo así que la denegación de la autorización de residencia impediría al solicitante poder trabajar legalmente en España y por ello cumplir tales obligaciones económicas, causando graves perjuicios a su familia y a su hijo menor de edad.

La cuestión relativa a si el recurrente ha cumplido ó incumplido las condiciones para obtener la remisión definitiva de la condena es cuestión que tendrá que valorar el juez penal que concedió la suspensión de la pena, no pudiendo esta Sala entender, como hace la Sentencia apelada, que no existe remisión condicional de la pena porque la suspensión se condicionó a no incumplir la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima y los cónyuges seguían viviendo juntos, cuando como dijimos, la remisión condicional sí existe y no consta que haya sido revocada por el juez penal que será además quien deba de valorar si tiene ó no incidencia en ella el hecho de que el condenado y la víctima sigan viviendo juntos porque así lo han decidido ambos y lo consiente la víctima.

Todos estos datos que, concurren en el presente supuesto y en la situación y persona del apelante, llevan a la Sala, pese a la existencia del citado antecedente penal, a concluir que en la valoración a realizar en aplicación del art. 31.4 de la L.O. 4/2000 y el art. 54.9 del R.D. 2393/2004 sobre la legítima posibilidad de poder solicitar en tales circunstancias la autorización de residencia permanente, debe concluirse que en tales circunstancias asiste al apelante el derecho a la autorización de residencia permanente solicitada. Y ello es así porque pese al demérito que implica dicha condena penal, tal demérito 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 la autorización de residencia permanente por él solicitada en el expediente administrativo incorporado a los autos. Por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia para en su lugar dictar otra por la que estimándose el recurso contencioso-administrativo interpuesto se anulan por no ser conformes a derecho las resoluciones recurridas, reconociéndose el derecho al apelante Don Edgar Roberto Caisaguano Untuña a que se le conceda la autorización de residencia permanente solicitada.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no se realiza condena en costas.

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don [REDACTED] contra la Sentencia dictada en fecha 16 de marzo de 2010, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de esta capital en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el nº 1144/08, la revocamos por no ser conforme a derecho y anulamos las Resoluciones administrativas recurridas en la instancia reconociendo el derecho de Don Edgar Roberto Caisaguano Untuña a que se le conceda la autorización de residencia permanente solicitada. No se realiza condena en costas.

Notifíquese la presente a las partes personadas, haciéndoles saber que contra esta Sentencia no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D^a. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.