



# T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00568/2011

**APELACIÓN**

**ROLLO SALA Nº 139 de 2011**

**AUTOS JUZGADO Nº 312 de 2009**

## SENTENCIA

**Nº 568**

En Palma de Mallorca a uno de septiembre de dos mil once.

**ILMOS SRS.**

**MAGISTRADOS**

**D. Fernando Socías Fuster.**

**D<sup>a</sup> Carmen Frigola Castellón.**

**D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez.**

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante **D. \*\*\***, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María del Romero Gaspar de l'Hotellerie de Fallois y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Margarita Palos Nadal; como parte apelada, la **Administración General del Estado (Delegación del Gobierno en Illes Balears)** representada y asistida por el Abogado del Estado.

Constituye el objeto del recurso la resolución dictada por el Ministro de Trabajo e Inmigración el 22 de mayo de 2009, mediante la cual se desestimó el recurso de alzada formulado contra la resolución del Delegado del Gobierno en Illes Balears de fecha 12 de junio de 2008, por la cual se denegó a D. \*\*\*\*\*la concesión de la segunda renovación de la autorización para trabajar y residir en España solicitada el 11 de abril de 2008.

La Sentencia nº 216/2010, de 14 de septiembre, dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca desestimó el recurso contencioso administrativo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La sentencia número 216 de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Palma, en los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

*“PRIMERO. Se acuerda desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto a instancias de Don \*\*\*\*\* contra la resolución impugnada.*

*SEGUNDO. Se confirma el acto administrativo impugnado por ser acorde con la legalidad del ordenamiento jurídico.*

*TERCERO. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes.”*

**SEGUNDO.** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la Administración demandada, siendo admitido en ambos efectos. La parte actora no compareció en forma en el presente recurso.

**TERCERO.** Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 27 de julio de 2011.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Como hemos anticipado en los antecedentes fácticos, la Sentencia nº 216/2010, de 14 de septiembre, dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución dictada por el Ministro de Trabajo e Inmigración el 22 de mayo de 2009, mediante la cual se desestimó el recurso de alzada formulado contra la resolución del Delegado del Gobierno en Illes Balears de fecha 12 de junio de 2008, por la cual se denegó a D. \*\*\*\*\* la concesión de la segunda renovación de la autorización para trabajar y residir en España solicitada el 11 de abril de 2008.

La sentencia apelada confirmó la resolución administrativa impugnada, teniendo en cuenta la existencia de antecedentes penales en el solicitante, sin que haya cumplido las penas impuestas.

La representación de la parte actora solicita la revocación de la sentencia apelada, ya que en la misma no se valora que el Sr. \*\*\*\* tenga una hija española, disponga de un contrato de trabajo desde hace más de tres años con la misma empresa, está de alta en la Seguridad Social, no habiendo cumplido la condena a trabajos en beneficio de la comunidad por el funcionamiento del Juzgado de lo Penal nº 8 y los Servicios Sociales Penitenciarios.

La Administración General del Estado solicita la confirmación de la sentencia, al constar que el apelante fue condenado como autor de un delito de maltrato de obra y amenazas en el ámbito familiar, sin haber cumplido las penas impuestas, y sin que se haya demostrado la dependencia de su hija de nacionalidad española, unido a la naturaleza del delito por el que ha sido condenado.

**SEGUNDO.** Como resulta del expediente administrativo, unido a las alegaciones y pruebas efectuadas y practicadas por las partes:

1º) D. \*\*\*\*\*, ciudadano ecuatoriano, solicitó en fecha 15 de abril de 2008 la segunda renovación de la autorización para residir y trabajar por cuenta ajena en

España, acreditando la disposición de la autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena (1ª renovación) con validez hasta el 31 de mayo de 2008, disponiendo de un contrato de trabajo como peón con la empresa "\*\*\*\*\*S.L." desde el 1 de junio de 2006, figurando de alta en el Registro del Padrón Municipal de \*\*\*\*\* desde el 6 de agosto de 2003, habiendo contraído matrimonio con una ciudadana colombiana el 27 de octubre de 2006, teniendo una hija en común, \*\*\*\*\*, nacida en Manacor (Mallorca) el 4 de diciembre de 2006, de nacionalidad española, mediante Auto dictado el 6 de abril de 2008.

2º) El actor fue condenado por sentencia firme, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Manacor el 3 de agosto de 2005, a la pena de prohibición de aproximación y comunicarse con la víctima durante 2 años, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante dos años, privación de la tenencia y porte de armas durante dos años, y trabajos en beneficio de la comunidad durante dos meses, como autor de un delito de maltrato de obra y amenazas en el ámbito doméstico (ejecutoria 2234/2005), siendo la víctima una persona distinta a su actual esposa y madre de su hija menor de edad.

3º) En fecha 12 de junio de 2009 se dictó resolución denegatoria de la segunda renovación, al valorarse que de conformidad con el artículo 31.4º de la LO 4/2000 y 73.4 del Real Decreto 2393/2004, no se pudo conceder el permiso, dado que el interesado tiene antecedentes penales sin cancelar, confirmado en alzada.

4º) Interpuesto recurso jurisdiccional, por medio de la sentencia aquí apelada se desestimó el recurso del ciudadano extranjero.

**TERCERO.** El artículo 38-3 de la Ley Orgánica 4/000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre y 14/2003, de 20 de noviembre (en adelante, LODLE), dispone que: "*La autorización de trabajo se renovará a su expiración si:*

*a) Persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente.*

b) *Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación.*

c) *Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma.*

d) *Cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente. A partir de la primera concesión, los permisos se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad".*

El artículo 31.4º del citado Cuerpo Legal, para la concesión del permiso y para la concesión de renovación de la residencia temporal establece que: *"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 desarrollo del anterior precepto, el actual artículo 54 del actual Reglamento de Extranjería, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre establece en su apartado noveno, que *"9. 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".*

Así pues, 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 artículo 31.4 de la LO 4/2000.

Cuando, como en el presente asunto, nos encontramos con un supuesto de renovación -segunda- de la autorización para residir y trabajar, y a falta de norma en contrario, debe entenderse que la tenencia de antecedentes penales es un dato más a valorar por la Administración, pero no el único. Tampoco esta valoración está exenta del control jurisdiccional.

**CUARTO.** Este Tribunal no coincide con el resultado de la valoración conjunta de las circunstancias personales, familiares y socio-laborales del solicitante efectuada por la Sentencia apelada.

La juzgadora de instancia tiene en cuenta que el actor contaba con la existencia de una condena penal firme del año 2005, por un delito de maltrato y amenazas en el ámbito familiar, pero no tiene en cuenta que antes del acto administrativo impugnado, a finales del año 2006, contrajo matrimonio y tuvo una hija de nacionalidad española, siendo éstas distintas de la víctima por el delito por el que fue condenado.

En el momento de resolver, la Delegación del Gobierno valoró sólo la concurrencia de los antecedentes penales, pero no las circunstancias de arraigo familiar, laboral, personal y social que fueron alegadas, y esta existencia de condenas no canceladas en los registros se trata de una circunstancia recogida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Extranjería y en el artículo 54.9 de su Reglamento a efectos de poder ser valorada por la Administración para conceder o denegar las renovaciones, pero no implica un óbice que conlleve la denegación automática.

En el presente supuesto, valoradas todas las circunstancias en conjunto, debe estimarse la petición del actor.

La condena se impuso por un delito de violencia en el ámbito doméstico (maltrato de obra), pero en el seno de una unidad familiar-afectiva distinta a la que tiene formada de forma estable desde el año 2006; la pena de trabajos en beneficios de la comunidad no ha sido cumplida ante la ausencia de plazas libres en los servicios

sociales, habiéndose demostrado que el actor acudió a todas las entrevistas y citaciones, sin que, por causas que se desconocen, le hayan asignado todavía el lugar donde cumplirla; tiene una hija menor de nacionalidad española; reside en España desde el año 2003; trabaja con la misma empresa desde el año 2006; está casado desde el año 2006.

Por los argumentos expuestos, debe revocarse el criterio razonado por el Juzgado, en el sentido de que, en aplicación del artículo 31.4 de la LO 4/2000 y el artículo 54.9 del RD 2393/2004, la valoración de las circunstancias conduce a declarar el derecho a la segunda renovación solicitada.

**QUINTO.** En aplicación del artículo 139.2º de la Ley Jurisdiccional/98, procedería imponer las costas a la parte apelante si se desestima totalmente el recurso –lo que no es el caso-, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En el caso que nos ocupa, y en atención a que se ha estimado el recurso de apelación, no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

## **F A L L A M O S**

1º) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. \*\*\*\*\* contra la sentencia Nº 216, de fecha 14 de septiembre de 2010 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de de Mallorca, la cual se revoca.

2º) ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución dictada por el Ministro de Trabajo e Inmigración el 22 de mayo de 2009, mediante la cual se desestimó el recurso de alzada formulado contra la resolución del Delegado del Gobierno en Illes Balears de fecha 12 de junio de 2008, por la cual se denegó a D. \*\*\*\*\* la concesión de la segunda renovación de la autorización para trabajar y residir en España solicitada el 11 de abril de 2008, anulándolo por no ser conforme a derecho.

3º) Sin imposición de costas.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN:** Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Alicia Esther Ortuño Rodríguez que ha sido ponente en este tramite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.