

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMITIVO. Nº 22
MADRID

Maria del Valle
García García

P. ABREVIADO Nº 721/2011

De: D. [REDACTED]

Contra: Delegación del Gobierno

Sobre: Extranjería

SENTENCIA

41/12

En Madrid, a 10 de febrero de 2012.

Vistos por mí, D^a Paloma Gómez Gil, Juez stta. de refuerzo del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 22 de Madrid, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos ante este Juzgado bajo el número 721/11, a instancia de D. [REDACTED] representado y asistido de Letrado D^a M^a del Valle García García, contra la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO en Madrid, como demandado, representada y asistida por el Abogado del Estado, en materia de extranjería, se procede a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. [REDACTED] se presentó recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO en Madrid de 28.07.11 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto el 11.05.11 contra la Resolución del Área de Trabajo e Inmigración de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO en Madrid de fecha 05.04.11 por la que se deniega la solicitud de autorización de residencia de larga duración.

SEGUNDO.- El citado recurso correspondió, en turno de reparto, a este Juzgado de lo Contencioso Administrativo, admitiéndolo a trámite y fijando la audiencia del 20.01.12 para la celebración de vista.

TERCERO.- Llegado el día de la fecha, comparecieron las partes, ratificando el demandante su demanda, solicitando a continuación el recibimiento a prueba, oponiéndose Abogado del Estado por considerar que la resolución recurrida es ajustada a derecho. Recibido el pleito a prueba, se practicó aquella que fue propuesta, previa su declaración de pertinencia, con el resultado que obra en autos y se da por reproducido, quedando finalmente los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de las actuaciones se han observado en lo sustancial las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente D. [REDACTED] impugna la Resolución de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO en Madrid de 28.07.11 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto el 11.05.11 contra la Resolución del Área de Trabajo e Inmigración de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO en Madrid de fecha 05.04.11 por la que se deniega la solicitud de autorización de residencia de larga duración. Fundamenta su demanda en que la Administración deniega la renovación del permiso en base a la existencia de antecedentes penales, pero la pena de prisión ha sido suspendida por plazo de 2 años, y no razona ni indica otros factores favorables concurrentes en la solicitud. Asimismo, el recurrente ha cotizado a la Seguridad Social durante 6 años prácticamente

ininterrumpidos en España del contrato de trabajo de carácter indefinido y a jornada completa que ostenta.

La Administración demandada DELEGACIÓN DEL GOBIERNO se opone al recurso pues la resolución ha sido suficientemente motivada y constan los motivos por los que se deniega el permiso. En cuanto a la permanencia continuada de 5 años, no se ha desvirtuado y consta a través del expediente administrativo que no se ha acreditado la permanencia de 5 años en territorio español del recurrente. En cuanto a los antecedentes penales, la Administración "Podrá" recabar los informes, es decir, se trata de una posibilidad, y en este caso se recaba el Certificado de Antecedentes Penales donde constan antecedentes penales del recurrente no cancelados ni susceptibles de cancelación y conforme al art. 73 del Reglamento de desarrollo, la Administración tiene la potestad discrecional de valorar las circunstancias personales del solicitante si se encuentra en situación de cumplimiento de la condena, remisión o indulto, por lo que en este caso no existe la posibilidad de ponderar. No se trata del tipo de delito -más o menos grave- sino de la existencia de antecedentes, por todo lo cual procede confirmar la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Lo solicitado por la parte recurrente en este caso es un permiso de residencia permanente y en este sentido, debe destacarse que la residencia solicitada es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles y que tienen derecho a la misma quienes hayan residido en nuestro país temporalmente durante cinco años de forma continuada y reúnan las condiciones que se establecen reglamentariamente (art. 32 de la LO 4/2000).

Por su parte, el Reglamento, RD 2393/2004 de 30 diciembre, regula la misma en los artículos 71 y ss., y el artículo 73, dedicado al procedimiento para su obtención establece que quienes se hallen en tal situación deberán solicitar, en modelo oficial, la autorización de residencia permanente, a la que deberá acompañarse la documentación que acredite la residencia legal previa en España durante cinco años o, en su caso, que el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el art. 72.3. El párrafo tercero por su parte, establece que *"3. 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."*

Las causas alegadas por la Administración para la denegación del permiso son tanto la acreditación de permanencia continuada durante 5 años en España como la existencia de antecedentes penales en la persona del recurrente. En orden a esta última cuestión es necesario señalar cómo deben valorarse los antecedentes penales. El art. 31.4 de la L.O. 4/2000, para los casos de residencia temporal, establece: *"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 términos similares, el art. 54.9 del Reglamento de Extranjería, para los supuestos de renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, 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"*. Dicho precepto atribuye a la Administración una facultad discrecional consistente en que pueda valorar la posibilidad de renovar el

permiso de residencia cuando conste que la condena ha sido cumplida, que el extranjero ha sido indultado, o que se ha remitido condicionalmente la pena. Por el contrario, el artículo 53.1.a) del mismo Real Decreto 2393/2004 señala que se denegarán las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena "cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existente en el ordenamiento español", precisando también su art. 53.1.i) que también se denegará dicha autorización "cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable".

La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, dispone -artículo 26- que la incorporación de cuanto establecía al derecho nacional tenía que ser a más tardar el 23 de enero de 2006. Por consiguiente, finalizado ya el período de trasposición de dicha Directiva, resulta ineludible tener en cuenta que, la denegación del estatuto de residente de larga duración únicamente cabe cuando concurren motivos de orden público o de seguridad pública -artículo 6.1 de la Directiva-. No existe un derecho incondicionado a obtener la autorización de residencia permanente en España por el hecho de haber obtenido residencia temporal durante cinco años y haber residido ininterrumpidamente durante dicho período, pues tal determinación legislativa sería absurda en la medida que obligaría a otorgar la residencia permanente a los extranjeros que, cumpliendo dicho requisito, pudieran tener un acreditado expediente contrario al orden público. Parece lógico que para obtener una autorización de residencia permanente los antecedentes penales del actor han de ser necesariamente valorados -junto con el resto de las circunstancias concurrentes- a la hora de adoptar la decisión administrativa. En este orden de consideraciones, la jurisdicción dispone de plena potestad para comprobar, a la vista de las circunstancias fácticas concurrentes en el interesado, el criterio de la Administración que ha denegado el permiso de referencia. Tal como deriva del criterio reiterado que mantiene la sección 5ª del TSJ de Madrid, la fecha que ha de tomarse en consideración a los efectos de arribar a una conclusión acerca del cumplimiento o no del requisito de carecer de antecedentes penales es, precisamente, el de toma de la decisión administrativa que resuelve acerca de la petición que formule la parte actora (STSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 7ª, de 01.07.10, nº 1251/2010, rec. 246/2010).

Por otro lado, en cuanto a la valoración de los antecedentes penales, la STSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, de 11.04.11, nº 10146/2011, rec. 84/2011:

"La Sala, 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 al citado antecedente penal, habilitan 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 Tercera, en su Sentencia de 25 de febrero de 2.008 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 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"), 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 del Código Penal). A lo que debe de añadirse, como circunstancias que también son ciertas y concurren en la persona del solicitante, que dicha condena (y no se ha demostrado lo contrario) lo fue por un hecho aislado que no consta se haya repetido, y que el recurrente lleva residiendo en España al tiempo de su solicitud más de cinco años, teniendo una hija nacida en 2.005 en nuestro país, por lo que la denegación de la autorización de residencia impediría al solicitante poder trabajar legalmente en España con graves perjuicios económicos familiares.

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 de los artículos 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000 y 54.9 del Real Decreto 2393/2004 sobre la legítima posibilidad de poder solicitar en tales circunstancias la autorización de residencia permanente, debe entenderse 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, 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 (así se ha pronunciado esta Sección con relación a casos análogos al presente en Sentencias de 21 y 22 de marzo de 2.011 dictadas en Recursos de Apelación núms. 309 y 437/10)."

En idénticos términos, la STSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, de 21.03.11, nº 128/2011, rec. 309/2010.

TERCERO.- En primer término, respecto del requisito exigido de permanencia continuada de 5 años en España, tal y como consta en la documentación aportada con la demanda, en el momento de la solicitud del permiso el recurrente había permanecido de alta en la Seguridad Social más de 5 años, desde el 26.09.06 hasta la actualidad según consta en su informe de vida laboral, y su anterior pasaporte nº 2563930 (expirado) acredita que disponía de visado para España válido del 26.04.06 hasta el 26.07.06 para trabajo y residencia. Por tanto, si bien esta documentación no fue debidamente aportada por el recurrente junto con su solicitud ni tampoco se presentó parte de ella con el recurso de reposición, no es menos cierto que el recurrente ha permanecido en España más de 5 años desde su llegada a España hasta la solicitud de su permiso de residencia de larga duración, sin ausencias superiores a 6 meses, tal y como demuestra tanto en informe de vida laboral como los pasaportes presentados, y esta circunstancias no puede obviarse a efectos de resolver el presente recurso. La Administración, en caso de no haberse acreditado dicha residencia continuada, y puesto que se trata de una renovación del permiso para obtener el permiso de larga duración, pudo requerir a la parte recurrente la aportación de documentación acreditativa de tal extremo o bien recabar el informe de la Tesorería General de la Seguridad Social como le permiten tanto el art. 73 del Reglamento de Extranjería como el art 76 de la Ley 30/92. Por tanto, el motivo esgrimido por la Administración en la resolución impugnada carece del necesario sustento jurídico y fáctico y debe ser anulado.

CUARTO.- La segunda cuestión que se alega en la resolución impugnada como motivo para denegar el permiso solicitado es la existencia de antecedentes penales, y concretamente, recabado el informe del Registro Central de Penados y Rebeldes constan antecedentes penales al haber sido condenado en sentencia de 12.02.10, firme en fecha 26.02.12, por la Audiencia Provincial de Madrid Sección nº 16, ejecutoria 43/10, por un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito intentado de estafa con empleo de cheque. Recurrido en reposición, la parte actora presentó copia del Auto de fecha 16.07.10 donde consta que se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por tiempo de dos años, así como otros documentos de carácter personal. Según consta al documento nº 6 del expediente, la pena privativa de libertad tanto del delito de estafa como del delito de falsificación en documento mercantil se encuentran suspendidas por término de dos años, así como la fecha de la solicitud del permiso de residencia (16.02.11) se encontraban cumplidas las penas accesorias de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo habida cuenta de la firmeza de la sentencia (26.02.01), y la pena de multa impuesta por el delito de estafa ha sido cumplida con fecha de extinción 12.07.10. Si bien no consta en dicho certificado de antecedentes penales que se haya cumplido la pena de multa de 540 € por el delito de falsificación en documento mercantil, en el Auto de fecha 16.07.10 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid se hace constar expresamente que el recurrente ha hecho frente al pago de las dos multas impuestas.

Por tanto, a la vista de los datos expuestos, en el momento de la solicitud del permiso, la pena de privación de libertad se encontraba suspendida por plazo de 2 años, sin que figure en modo alguno que en ese plazo haya sido condenado nuevamente por unos hechos idénticos o distintos, y las restantes penas impuestas, se encontraban extinguidas o cumplidas en el momento de solicitar el permiso de residencia, lo cual determina que el motivo alegado como causa de denegación del permiso igualmente deba ser anulado.

QUINTO.- En conclusión, la Administración debió tomar en consideración las circunstancias anteriormente expuestas en el momento de resolver la solicitud del recurrente, y conceder el permiso de residencia, a quien no constan otras condenas u otras detenciones o imputaciones, desde la fecha de la última y única condena (12.02.10) y por tanto se trata de un hecho aislado, y las condenas impuestas han sido cumplidas o se encuentran suspendidas, así como ha permanecido más de 5 años residiendo en España de forma continuada, dispone de contrato indefinido y un domicilio fijo y estable, sin que consten otros datos o elementos negativos, por todo lo cual, la conclusión debe ser que la resolución impugnada no es conforme a derecho y debe ser anulada, declarando el derecho del recurrente a que le sea concedido el permiso de residencia de larga duración solicitado.

SEXTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LICA no se aprecia en este caso la concurrencia de temeridad o mala fe para la imposición de las costas causadas en este proceso.

SÉPTIMO.- Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días ante este Juzgado.

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

FALLO

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. [REDACTED] contra la Resolución de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO en Madrid de 28.07.11 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto el 11.05.11 contra la Resolución del Área de Trabajo e Inmigración de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO en Madrid de fecha 05.04.11 por la que se deniega la solicitud de autorización de residencia de larga duración, debo anular y anulo dicha resolución por no ser conforme y ajustada a Derecho, y declaro el derecho del recurrente a que le sea concedido el permiso de residencia permanente solicitado. Sin expresa condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el término de quince días ante este Juzgado, debiendo consignarse previamente, en su caso, el depósito de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Juzgado en la entidad Banesto con el nº 2896/0000/94/0721/11, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, que será notificada a las partes, definitivamente juzgando lo acuerdo, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrada-Jueza. que la firma, doy fe.