

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 352/2010**

**SENTENCIA NUMERO 12/2013**

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:  
D. ANTONIO GUERRA GIMENO  
D<sup>a</sup>. PATRICIA ARRIZABALAGA ITURMENDI



En la Villa de Bilbao, a siete de enero de dos mil trece.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2009 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz en el recurso contencioso-administrativo número 910/2009.

Son parte:

- **APELANTE:** dirigido por el Letrado D. ANTONIO LLAVADOR RUIZ.

- **APELADO:** DELEGACION DEL GOBIERNO EN LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO GUERRA GIMENO.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 18/12/2012, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- A) Objeto de la apelación.

En el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de se impugna la sentencia dictada con fecha de 4 de diciembre de 2009 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Vitoria, recaída en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 910/2009.

La sentencia desestima el recurso jurisdiccional interpuesto contra la resolución dictada con fecha de 8 de julio de 2009 por la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco, por la que se acuerda denegar la solicitud de autorización de residencia permanente, formulada por el ahora apelante.

### B) Razón de decidir de la sentencia apelada.

En lo que interesa al presente recurso la sentencia de instancia recoge en sus fundamentos que:

<<<... El recurso se fundamenta, en síntesis, en que se considera de aplicación lo, dispuesto en los artículos 29.4 de la LO 4/2000; que no se han valorado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.4 de la expresada Ley Orgánica las circunstancias del recurrente, y muy concretamente la de tener suspendida la pena que se le impuso, por lo que se sostiene cumplir los requisitos para la concesión de la autorización de residencia.

...Pues bien, en el caso que nos ocupa consta la existencia de antecedentes penales, como ya hemos referido con anterioridad, circunstancia que por otra parte



confirma el propio demandante, y, sin embargo no consta que se haya solicitado la cancelación de los mismos ni al tiempo de la instrucción del procedimiento administrativo, ni siquiera en la actualidad, por lo que resulta justificada la motivación de la resolución impugnada, al no acreditar uno de los requisitos previstos en el artículo 45.2 b) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por el Real Decreto 2393/2004.

La ausencia de antecedentes penales en el extranjero que solicita una autorización de residencia, constituye un patrón común a todas las modalidades de autorización de residencia o de residencia y trabajo y otorga a este requisito auténtica carta de naturaleza de todo proceso de legalización de la residencia de un extranjero en el territorio nacional.

Tampoco los expedientes dirigidos a la obtención de la residencia permanente se escapan de la necesidad de acreditar el interesado que carece de antecedentes penales. Así lo expresa el artículo 73.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, artículo que regula el procedimiento para instruir las solicitudes de , residencia permanente, y lo hace en los términos siguiente: "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".

El órgano instructor ha aportado al expediente administrativo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 73.3 del Real Decreto 2393/2004, certificado del Registro Central de Penados y Rebeldes (folio nº 29), en el que consta Sentencia firme de fecha 16/01/2007, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1, de Burgos (causa 0000268/2006), por la comisión de un delito de lesiones en grado de autor, con imposición de las penas siguientes: 1 año y 4 meses de prisión , 2 años de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, familiares u otras personas y 1 año de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo. También consta en el mismo certificado que la pena privativa de libertad se halla suspendida con fecha 03/04/2007.

A pesar de hallarse suspendida la pena de privación de libertad, no se puede concluir que hayan transcurrido los plazos señalados en el artículo 136 del Código Penal para que se puedan considerar cancelados los antecedentes penales. Estas circunstancias no dejan lugar a dudas, resultando probado que tanto al tiempo de la solicitud de la autorización de residencia permanente como en la fecha de la resolución impugnada se constata la existencia de antecedentes penales no cancelados contra el demandante, pues no han transcurrido los plazos previstos en el , artículo 136 del Código Penal.

El demandante ante la evidencia no rebatible de la concurrencia de los antecedentes penales, ha solicitado que se le conceda la residencia permanente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.4, in fine, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o del artículo 54.9, in fine, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, que disponen como sigue: Artículo 31.4: "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 hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido condena, los que hayan sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena ". Artículo 54.9: "Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de alguno 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 al comisión de un delito y hayan cumplido condena, los que hayan sido indultados o que se encuentren en situación de remisión condicional de pena. "

La Jurisprudencia ha interpretado reiteradamente la aplicación del segundo inciso de estos preceptos significando que la previsión contenida en estos preceptos, esto es, la valoración en función de las circunstancias, de la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros condenados por delito que hayan cumplido la pena, señalando que así lo viene entendiendo la Administración y así debe entenderse, pero que solo configura una potestad discrecional de la Administración y no una previsión que opere de manera automática.

En el caso que nos ocupa, si bien se ha acreditado la suspensión de la pena privativa de libertad y por tanto es susceptible de ser analizado dentro del ámbito del los supuestos previstos en el artículo 31.4, in fine, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o del artículo 54.9, in fine, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, la resolución impugnada concluye que la comisión de una conducta dolosa (lesiones) y la gravedad de las penas impuestas, con pena privativa de libertad por tiempo superior a un año desaconsejó la consideración favorable de esta solicitud. A este respecto no debemos olvidar que es la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su artículo 57.2 la que establece los límites en la gravedad de las penas en orden a tolerar o no la permanencia del extranjero en España indicando que la conducta dolosa cometida dentro o fuera de España que constituyan delito en nuestro ordenamiento jurídico son causa de expulsión, sancionado con penas privativas de libertad superiores a un año son causa de expulsión del territorio nacional.

Los comportamientos calificados por el orden jurisdiccional penal como delito de lesiones, que el demandante ha presentado durante la vigencia de las autorizaciones de residencia temporal que pretende renovar, avalan el análisis de la Administración competente y justifican el sentido de la resolución impugnada.

Todo lo cual conduce a la desestimación del presente recurso...>>>



### C) Posición de la parte apelante.

La apelante, en su escrito de apelación y también en lo que interesa al presente recurso alega que:

<<<... no es de aplicación el artículo 45.2.b del reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, que hace referencia a la primera autorización, y no a sucesivas renovaciones.

Y por ello debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 37.3 del R.D. de 30/12/2004; "La oficina competente para la tramitación del procedimiento recabará el certificado de antecedentes penales y resolverá. Conforme a lo dispuesto en el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto y teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la , condena, los que hubieran sido indultados o aquellos a los que se les haya aplicado la suspensión la ejecución de la pena"...>>>

### D) Posición de la parte apelada, Administración General del Estado.

La defensa de la Administración del Estado se opone al recurso de apelación y reproduce en lo esencial los argumentos de la sentencia de instancia.

#### SEGUNDO.-Procede la estimación del recurso de apelación.

El motivo de apelación debe ser estimado en aplicación del criterio interpretativo seguido de manera reiterada por esta sala de justicia (sentencias dictadas con fechas de 2 de febrero de 2007 (recurso de apelación 128/2006), 11 de diciembre de 2007 (recurso de apelación 378/2007)); y de 7 de mayo de 2009 (recurso de apelación 763/2007) y de 10 de febrero de 2010 (recurso de apelación 983/2007).

En la última de las sentencias señaladas, cuyo desarrollo argumental se reproduce en esta sentencia, se subraya la necesidad de distinguir entre las regulaciones respectivamente aplicables a las decisiones administrativas sobre autorización de residencia permanente y sobre renovación de la autorización de residencia y trabajo; por tratarse, en cada uno de dichos supuestos, de diferentes situaciones administrativas de las personas extranjeras en España, respectivamente reguladas en el artículo 32 y en el apartado 2º del artículo 30 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción vigente al momento de dictado de la resolución administrativa.

A este efecto, la situación de residencia permanente se configura por el artículo 32 de la LOEX como un derecho subjetivo de las personas extranjeras que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Y su regulación se integra, tras la finalización del periodo de su trasposición, por el contenido normativo de 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 (publicada en el DOUE 16/2004, de 23 enero 2004).

La neta distinción entre las situaciones administrativas de residencia temporal y de residencia permanente (hoy, residencia de larga duración, según la expresión del derecho comunitario europeo acogida ya por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) se proyecta, también, sobre la distinta regulación de la exigencia de que la persona extranjera no cuente con antecedentes penales.

Así, el artículo 31.4 de la LOEX establece, respecto de la autorización de residencia temporal y sus renovaciones 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 tanto que el artículo 32 de la LOEX y el artículo 73 de su Reglamento, aprobado por el Real decreto 2393/2.004, de 30 de diciembre (RELOEX) remiten a los artículos 4.1 y 6 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003.

El artículo 4.1 de la Directiva 2003/109/CE dispone:

"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".

Y el artículo 6 contempla el supuesto específico de la denegación del estatuto de residencia de larga duración por concurrencia de antecedentes penales:

"Orden público y seguridad pública:

"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.

"2. La denegación contemplada en el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico."



En el supuesto de autos, referido al control jurisdiccional de una resolución denegatoria de la solicitud de reconocimiento del estatuto de residencia permanente, lo sarts. 53.1 i) en relación con el 35.5 del Reglamento de Extranjería no resultaban de aplicación. Ni, en consecuencia, correspondía a la autoridad gubernativa el empleo de los elementos valorativos que en dicho precepto se disponen para la decisión sobre las solicitudes de renovación de las autorizaciones de residencia temporal de las personas extranjeras en España en quienes concurrirá la tenencia de antecedentes penales.

Por lo que la sentencia dictada en la instancia, al confirmar la resolución administrativa dictada mediante la aplicación de dicho precepto legal resulta disconforme a derecho y debe ser revocada.

La anterior apreciación no permite, sin embargo, deducir que a efectos del reconocimiento de la situación de residencia permanente haya que obviarse todo dato relativo a la existencia de antecedentes penales.

De manera distinta, como ya se razonó en extenso en la sentencia referida dictada por esta misma sala de justicia, el canon efectivo que rige la medida de validez de la actuación administrativa para el caso de constatación de antecedentes penales en la solicitud de la autorización de residencia permanente no se encuentra en la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sino en 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 (publicada en el DOUE 16/2004, de 23 enero 2004).

De conformidad con el artículo 32 de la LO 4/2.000, en relación con el artículo 6 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, la autoridad gubernativa puede "denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública".

En consecuencia, la acreditación documentada en el expediente administrativo de datos referidos a la conducta de la persona solicitante que pongan de manifiesto una situación actualizada de riesgo de afección contra el orden público o la seguridad pública habrá de tomarse en consideración, mediante valoración motivada de la autoridad gubernativa, en el ejercicio de la competencia de otorgamiento de autorizaciones de residencia permanente; y, en sentido contrario, la inexistencia de datos contra el orden público o la seguridad pública excluyen el referido margen valorativo en el ejercicio de competencia de otorgamiento de autorizaciones de residencia permanente.

Para efectuar la valoración referida debe tenerse en cuenta que la noción de "motivos de orden público o seguridad pública" en el acceso a la situación de residencia permanente, responde a la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados.

Como elemento relevante para la aplicación del concepto jurídico indeterminado en el acceso a la situación de residencia permanente, cabe afirmar que el ámbito de la zona de certeza positiva integra el factor ausencia de antecedentes penales como reflejo de una conducta personal que no afecta al orden público ni a la seguridad pública. Y ello en



razón de que la ausencia de antecedentes penales expresa una situación de integración social a la que el régimen de extranjería dota de neta prevalencia en relación con otras circunstancias personales, como son las referidas a la existencia de condenas penales.

Sin embargo esta consideración valorativa no impide la entrada de otros factores en la noción jurídica indeterminada que; en su caso, habrán de situar el supuesto contemplado en la zona de incertidumbre del concepto jurídico. Debiéndose situar en la zona de certeza negativa exclusivamente los supuestos en los que las condenas penales acreditadas reflejen datos que menoscaben los conceptos de orden público y seguridad pública.

De acuerdo con las anteriores premisas, no puede afirmarse apriorísticamente que la existencia de antecedentes penales excluya la concesión de la autorización de residencia permanente (larga duración) si en el solicitante no concurren otras circunstancias que afecten al orden público o a la seguridad pública.

En el caso en concreto que nos ocupa, el apelante ha aportado en la instancia la suspensión de la pena establecida y no resulta apreciable la concurrencia del concepto jurídico indeterminado de las razones de seguridad pública.

Y debe concluirse que la ausencia de un riesgo actualizado de afección al orden público y a la seguridad ciudadana y los demás datos referenciados, determinan la ubicación del caso en la zona de certeza que conduce al reconocimiento del derecho del apelante al estatuto de residente de larga duración.

### **TERCERO.-Costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, no procede efectuar imposición sobre las costas devengadas en ambas instancias.

En atención a lo expuesto, este Tribunal dicta el siguiente

### **III. F A L L O**

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 352 DE 2010, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE D.

CONTRA LA SENTENCIA DICTADA CON FECHA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2009 DE JUNIO DE 2007 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 2 DE VITORIA, RECAÍDA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO 910/2009, DEBEMOS:

**PRIMERO:** REVOCAR, COMO REVOCAMOS, LA SENTENCIA APELADA, DEJÁNDOLA SIN VALOR NI EFECTO JURÍDICO.

**SEGUNDO:** DECLARAR LA DISCONFORMIDAD A DERECHO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LA COMUNIDAD



**AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, DE 8 DE JULIO DE 2009, OBJETO DE CONTROL JURISDICCIONAL, QUE, POR ELLO, DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS.**

**TERCERO: DECLARAR EL DERECHO DEL AHORA APELANTE A QUE SE LE CONCEDA EL ESTATUTO DE RESIDENCIA PERMANENTE (LARGA DURACIÓN). DEBIENDO CONDENAR COMO CONDENAMOS A LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO A ESTAR Y PASAR POR LA ANTERIOR DECLARACIÓN Y A LA REALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL INTERESADO EN EL DERECHO RECONOCIDO.**

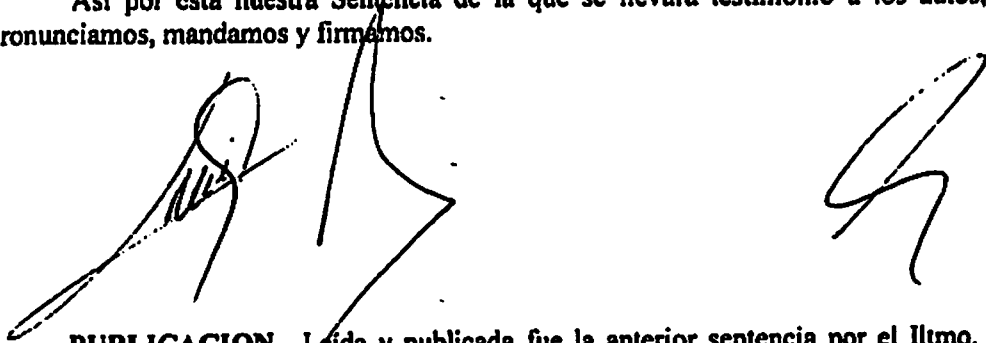
**CUARTO: NO EFECTUAR IMPOSICIÓN SOBRE EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN AMBAS INSTANCIAS.**

**ESTA RESOLUCIÓN ES FIRME Y CONTRA LAS MISMA NO CABE INTERPONER RECURSO ORDINARIO ALGUNO.**

**Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta sentencia.**

**Devuélvase al apelante el depósito constituido, extendiéndose por el Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.**

**Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.**



**PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.**