



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

SENTENCIA:

PONENTE: D^a. MARIA DOLORES GALINDO GIL

RECURSO DE APELACION NÚMERO 101/2013

APELANTE: D.

APELADA: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN OURENSE

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a.

D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA -PTE.

D. JULIO CESAR DÍAZ CASALES

D^a. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

A CORUÑA, cinco de junio de dos mil trece.

En el RECURSO DE APELACION NUMERO 101/13 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D., representado por el Procurador D. LUIS SANCHEZ GONZALEZ, dirigido por el LETRADO D. JOSE MANUEL LOSADA DIEGUEZ, contra la SENTENCIA de fecha 10-12-12, dictada en el procedimiento abreviado N° 197/11, por el JDO. DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Núm. UNO de los de OURENSE sobre EXTRANJERIA. Es parte apelada la SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN OURENSE, representada y dirigida por el SR. ABOGADO DEL ESTADO.

Es Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DOLORES GALINDO GIL.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por D., contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Galicia de 23-02-11, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Ourense de fecha 13-12-10, por la cual se resolvía denegar la renovación de la autorización de residencia y trabajo, declarando su conformidad a derecho; sin costas.

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

NO SE ACEPTAN, los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida y,

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia de 10 de diciembre de 2012, dictada por el juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Ourense, en autos de procedimiento abreviado número 197/2011, que desestima el recurso contencioso-administrativo promovido por don contra resolución de 23 de enero de 2011 de la Delegación del gobierno en Galicia que confirma en vía de recurso de alzada otra de la Subdelegación del Gobierno en Ourense de 13 de diciembre de 2010 denegatoria de solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, segunda renovación.

SEGUNDO.- La resolución denegatoria asienta su motivación, en el informe desfavorable emitido por el Jefe de la Brigada Provincial de Extranjería del folio 10 del expediente administrativo, a partir del cual aprecia la concurrencia del supuesto de denegación previsto en el artículo 53.1, letra i) de la LOEX (existencia de un previo informe gubernativo desfavorable) al que remite el artículo 54.9 Reglamento LOEX aprobado por RD 2393/2004, de 20 de diciembre, también invocado por la resolución impugnada.

En el mismo se indica que al recurrente le consta una detención el día 19/07/2010, por malos tratos en el ámbito familiar y un proceso judicial (DUD 233-10), en el juzgado de primera instancia número 3 de Ourense, por el mismo delito, con orden de alejamiento vigente respecto de

La sentencia apelada, a su vez, valida la motivación de la resolución impugnada y desestima el recurso contencioso-administrativo en base al citado informe policial desfavorable, por referencia a los antecedentes policiales que refleja.

TERCERO.- Ante todo conviene precisar que la subsistencia del presente recurso no es cuestionada por disponer el recurrente de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar,



con vigente en el periodo 17/09/2012 al 16/09/2013, concedida por la Subdelegación del Gobierno de Ourense, mediante resolución de 17/09/2012, folio 127 actuaciones judiciales de primera instancia, al amparo del artículo 31.3 LO 4/2000 y artículo 124.3, letra a) del RD 557/2011, por ser progenitor de un hijo de nacionalidad española, por razón de nacimiento en España, fruto de su unión con

Como el propio apelante se encarga de precisar, dos son las razones que justifican el interés en su finalización mediante sentencia firme. De un lado, determinar que el periodo comprendido entre la resolución ahora impugnada y la fecha de concesión de aquella autorización, lo ha sido como residente legal. Y, de otro, su computo como de residencia legal a los efectos de renovar o solicitar alguno de los restantes permisos y autorizaciones de residencia que contempla la LOREX.

Dicho esto y, abordando la cuestión litigiosa, el criterio reiterado que mantiene esta Sala y Sección, determina la estimación del presente recurso de apelación, para lo que nos remitimos a lo razonado en nuestra sentencia número 206/2010, de 24/02/2010, rollo de apelación número 403/2009, también sobre una denegatoria de la solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena fundada en que, al tiempo de ser dictada resolución administrativa denegatoria, todavía no había recaído sentencia penal absolutoria con motivo de la denuncia presentada contra el solicitante como presunto autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar y que, además, esta denuncia lo era por el mismo delito por el que tenía antecedentes penales, que ya de por sí eran suficientes para denegar la prórroga solicitada y que, mutatis mutandis, resulta plenamente aplicable al caso que nos ocupa.

Razonamos, entonces, "TERCERO.- El artículo 54.9 del Real Decreto 2393/2004 dispone, en sede de renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, que "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". Y añade 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".

Por su parte, el artículo 53.1 del Real Decreto 2393/2004 establece que "La autoridad o autoridades competentes denegarán las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los supuestos siguientes: a) Cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español"; y que el apartado segundo del artículo siguiente establece que "Junto con la solicitud de renovación deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para su concesión, de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes".

La redacción de estos preceptos parece dar a entender que si el extranjero que reside legalmente en España pasa a tener antecedentes penales no tendrá posibilidad de que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

se le renueve el permiso de residencia. A la misma interpretación podría conducir la lectura de lo dispuesto en el artículo 31.5 de la Ley 4/2000, según el cual "Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los 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".

Ya específicamente para la renovación de este tipo de autorizaciones el mismo artículo 31 de la Ley 4/2000, dispone en su apartado séptimo 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.

b) El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social".

Este precepto tiene su precedente en el artículo 29.4 de la Ley en su texto original, según el cual "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 del Tratado de Schengen. No será obstáculo para obtener o renovar la residencia haber cometido delito en España si ha cumplido la condena, ha sido indultado o está en situación de remisión condicional de la pena".

CUARTO.- Pues bien, este artículo 29.4 de la Ley de extranjería en su texto original, ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en la sentencia que cita el Juzgador "a quo", tratándose de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de febrero de 2008, según la cual "el sentido literal de la expresión no puede ser otro que el que la existencia de antecedentes penales no es impedimento si se está en alguna de las circunstancias expresamente indicadas en el precepto. El hecho de que tras la reforma introducida por la LO 8/2000 ahora se precise que "se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar el permiso 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" supone un elemento diferencial con respecto a la redacción original. Ahora sí la Administración podrá valorar las circunstancias de cada supuesto aunque se esté en situación de remisión condicional, pero no con la redacción originaria en que de modo contundente y terminante se indicaba que la existencia de antecedentes penales no era obstáculo si se estaba en situación de remisión condicional (...)". Y añade que "a partir del cotejo entre la redacción originaria del citado artículo -que es la aplicable al caso (enjuiciado por el Tribunal Supremo)- y la introducida luego por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, resulta que en ambas formulaciones del precepto la regla general es que la existencia de antecedentes penales imposibilita la concesión o renovación del permiso de residencia; pero luego se introduce una matización o atenuación de aquella regla. Es en este segundo aspecto es donde se advierte la impronta de la reforma



introducida por la Ley Orgánica 8/2000, que opera en realidad en un doble sentido (...). De un lado, en la redacción originaria de la Ley 4/2000 el artículo 29.4 otorga relevancia a la remisión condicional de la pena -lo mismo que al cumplimiento efectivo o al indulto- no sólo a efectos de la renovación del permiso sino también a los de su concesión por primera vez, mientras que tras la modificación dada por Ley Orgánica 8/2000 se alude a estos supuestos sólo en relación con la renovación. De otra parte (...) mientras en esta redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 esos datos consistentes en el cumplimiento de la pena, el indulto o la remisión de la condena han de ser objeto de valoración por la Administración de cara a una posible renovación del permiso, en la redacción originaria de la Ley 4/2000 no se dice que la concurrencia de cualquiera de ellos deba ser valorada, sino, sencillamente, que "no será(n) obstáculo para obtener o renovar la residencia", lo que equivale a decir que en esta primera redacción del precepto la valoración la ha realizado ya el legislador y ha decidido que si concurre alguno de los tres supuestos mencionados la denegación del permiso, o de su renovación, no puede basarse en la existencia de antecedentes penales".

El contenido de los preceptos citados, y la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de febrero de 2008, permiten afirmar que si bien a efectos de renovación del permiso de residencia la regla general cuando se tenga antecedentes penales será la de denegación, sin embargo en el caso de que el extranjero se encuentre en alguno de los supuestos que recoge el artículo 54.9 del Real Decreto 2393/2004, se otorga una potestad discrecional a la Administración a la hora de valorar si esos antecedentes penales operan como un dato negativo o no para denegar la renovación solicitada pues con la redacción vigente la existencia de antecedentes penales sí podrá constituir un obstáculo a dicha renovación aunque el solicitante esté en situación de remisión condicional de la pena, o haya sido indultado y haya cumplido la condena".

Por tanto, si el propio artículo 54.9 del RD 2393/2004, somete a ponderación, en función de las circunstancias de cada supuesto, la renovación de las autorizaciones 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, con más razón cuando el informe desfavorable se motiva por referencia a unos antecedentes policiales, debe primar la regla de ponderación frente a la automaticidad de la denegación, cuando aquel constituye la única causa concurrente. Por tanto, lo procedente es valorar la totalidad de las circunstancias concurrentes en el momento en que dedujo aquella solicitud, para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la conceder la renovación interesada.

Y en esta labor, teniendo en cuenta que es un hecho admitido que el apelante es padre de un hijo menor de edad de nacionalidad española, respecto del que ejerce, con plenitud de atribuciones, la patria potestad, no consta el incumplimiento de sus deberes paterno filiales (visitas, alimentos..) y que acredita medios de vida, en razón de la actividad laboral que refleja la documental aportada en el acto de la vista, procede estimar el presente recurso de



apelación para revocar la sentencia apelada y, en su lugar, estimar el recurso contencioso-administrativo y, con revocación de la resolución impugnada, conceder la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, segunda renovación interesada con fecha 21/10/2010.

CUARTO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al estimarse la apelación y estimarse el recurso contencioso-administrativo, no se aprecian méritos para un especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS Que con acogimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 10 de diciembre de 2012, dictada por el juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Ourense, en autos de procedimiento abreviado número 197/2011, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la misma y en su lugar, estimamos el recurso contencioso-administrativo formulado por don J..... contra resolución de 23 de enero de 2011 de la Delegación del gobierno en Galicia que confirma en vía de recurso de alzada otra de la Subdelegación del Gobierno en Ourense de 13 de diciembre de 2010 denegatoria de solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, segunda renovación que se anula, **reconociendo su derecho a serle concedida la citada renovación;** sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de ambas instancias.

Notifíquese a las partes y entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0101-13-24), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a. MARIA DOLORES GALINDO GIL, al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, cinco de junio de dos mil trece.



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA