



JDO. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2
c/ San Roque, 4 - 5ª Planta
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848.42.42.67
Fax.: 848.42.42.75
PA008

Sección: D
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO**
ABREVIADO
Nº Procedimiento: **000058/2015**

NIG: 3120145320150000168
Materia: Extranjería
Resolución: Sentencia 000205/2015

S E N T E N C I A Nº 000205/2015

En Pamplona/Iruña, a 16 de septiembre del 2015 .

El Ilmo. D. ANTONIO SANCHEZ IBAÑEZ, Magistrado-Juez del Jdo. Contencioso-Administrativo Nº 2 de Pamplona/Iruña y su Partido, ha visto los autos de Procedimiento Abreviado nº 000058/2015, promovido por D. [REDACTED] representado por el procurador D. RICARDO BELTRÁN GARCÍA, y defendido por la letrada Dña. MARIA LOURDES ETXEBERRIA ZUDAIRE, contra la DELEGACION DEL GOBIERNO EN NAVARRA, representada y defendida por el. ABOGADO DEL ESTADO, en materia de extranjería

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de febrero de 2015 se presentó en el Juzgado Decano de los de Pamplona, escrito de interposición de Recurso Contencioso-Administrativo por el procurador Sr. Beltrán, en nombre y representación de MARIA LOURDES ETXEBERRIA ZUDAIRE, en nombre y representación de [REDACTED] contra resolución de la Delegación del Gobierno en Navarra y que por el turno de reparto ha correspondido al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Pamplona.

SEGUNDO.- Habiéndose tramitado la misma con arreglo a lo establecido en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con fecha 9 de septiembre de 2015, a las 9,30 horas, se celebró la vista estando presente en la misma por la parte actora la Letrada Dª MARIA LOURDES ETXEBERRIA ZUDAIRE, en nombre y representación de [REDACTED] por la parte demandada el ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación de la DELEGACION DEL GOBIERNO EN NAVARRA, con el resultado que consta en soporte informático.

TERCERO.- En el presente procedimiento se ha seguido el trámite legalmente establecido quedando los autos en poder de S.Sª para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en el presente recurso contencioso-administrativo abreviado nº 58/2015, la Resolución de la Delegación del Gobierno en Navarra de 22 de diciembre de 2.014 por la que se desestima la solicitud de autorización de residencia de fecha de de 2.014 solicitada por el ciudadano de Colombia, [REDACTED] Alega la recurrente que no es precisa la falta de antecedentes penales cuando la causa de solicitud es el arraigo familiar, si bien se exige la acreditación de antecedentes penales, o su ausencia, para que sean valorados por la administración, sin que quepa una denegación automática. Se remite a la sentencia 200/2002 y el caso 34/2009 o caso Zambrano del TJUE. Abunda en el hecho de que el actor es el que mantiene a los hijos, menores de edad y nacionales españoles y que la consecuencia final de la denegación del permiso solicitado sería la expulsión del menor español del territorio nacional. Señala la recurrente que no se ha motivado debidamente la denegación. La pena en este caso, se encuentra suspendida (folio 48 del expediente administrativo), habiéndose cumplido con las condiciones impuestas por la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra, la rehabilitación y el arraigo familiar y laboral acreditado, así constituyó una sociedad mercantil con otra persona para realizar trabajos de diversa índole, con la posibilidad de incorporarse inmediatamente, debería llevar a la estimación del recurso. Tampoco existe peligrosidad del sujeto, puesto que la misma Audiencia Provincial ya lo valoró al conceder la suspensión.

El Abogado del Estado se opuso a la anterior pretensión con base en los motivos y razonamientos jurídicos efectuados en el acto de la vista y que se dan aquí por reproducidos, alegando que aun en el caso de valorar la existencia de antecedentes penales, la resolución sería denegatoria, de forma correcta. Se ha denegado correctamente porque en el caso los antecedentes penales son graves, con una pena privativa de libertad de cuatro años, por delito grave y de los que producen alarma social. En conclusiones, insiste en que la existencia de antecedentes penales, veda la concesión del permiso de residencia y, en cualquier caso, han sido valoradas correctamente. Las vicisitudes de la ejecución de sentencia penal no se comunican al procedimiento administrativo. Tampoco se ha acreditado que el recurrente conviva con el hijo, ni que lo mantenga.

SEGUNDO.- Centrada la cuestión litigiosa, el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2.000 establece “5. 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.” Y, por su parte, dispone el artículo 124 del Real Decreto 557/2.011, de 20 de abril, por el que se regula el Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, que “3. Por arraigo familiar:

a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo.

b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.”, por lo que es cierto que no se recoge aquí la necesidad de que el extranjero carezca de antecedentes penales. Por otra parte, el artículo 128, recoge el procedimiento de aplicación a la solicitud de permiso de residencia por arraigo familiar, puesto que está contenido en el Título V, Capítulo I del Real Decreto y allí se dice que; “1. La autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que no requerirá visado, deberá ser solicitada personalmente por el extranjero ante el órgano competente para su tramitación, salvo en el caso de menores o incapaces, en el que podrá presentar la solicitud su representante legal, acompañada de la siguiente documentación:

a) Copia del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses, previa exhibición del documento original. En los términos fijados en la resolución del Ministro del Interior por la que se autorice la permanencia del interesado en España en los casos previstos en los arts. 37.b) y 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, se podrá eximir de este requisito.

b) En los casos en que se exija, contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario, cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización solicitada.

c) Documentación acreditativa de encontrarse en alguna de las situaciones a las que se refieren los artículos anteriores.

2. En particular, para acreditar que se reúnen las condiciones establecidas para los supuestos de arraigo, la documentación aportada deberá ajustarse a las siguientes exigencias:

a) En caso de que el interesado fuera mayor de edad penal, deberá aportar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco años anteriores a su entrada en España, en el que no deberán constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.

b) En los supuestos de arraigo social, se deberá presentar documentación acreditativa del grado de parentesco alegado o, en su caso, el correspondiente informe de arraigo. Igualmente, en caso de solicitarse la

exención de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, se deberá presentar documentación acreditativa de contar con medios económicos suficientes o, en su caso, del cumplimiento de los requisitos previstos en relación con la actividad por cuenta propia.

3. El órgano competente para resolver comprobará si con la solicitud se acompaña la documentación exigida y, si estuviera incompleta, formulará al solicitante el oportuno requerimiento a fin de que se subsanen los defectos observados en el plazo que se señale en la notificación, que no podrá ser superior a un mes, advirtiéndole que de no subsanarse los mismos en el indicado plazo se le tendrá por desistido de su solicitud y se procederá al archivo de su expediente, dictándose al efecto la oportuna resolución.”.

Son, por tanto, precisos todos los requisitos previstos en el precepto para poder obtener el permiso solicitado. Pero de la interpretación conjunta de ambos artículos, el 124.3 y el 128 debemos entender que el certificado de antecedentes penales, más bien de su ausencia, debe limitarse a los supuestos en que se exige que el extranjero carezca de ello, que no es el caso, puesto que solamente se exige la acreditación de la paternidad y de la convivencia o, en defecto de la misma, que se acredite el cumplimiento de los deberes paterno-filiales, que lo está según el folio 50 del expediente administrativo.

Y consta que el recurrente tiene antecedentes penales, puesto que la Certificación expedida por la Sra. Secretario del Juzgado de lo Penal nº 5 de Pamplona, señala que la pena de prisión, que fue suspendida, finalizó el día siete de junio de 2.014; la pena de prohibición de tenencia y porte de armas, finalizó el 23 de abril de 2.103 y la pena de prohibición de aproximación a la víctima finalizó el 14 de octubre de 2.013, por lo que, de acuerdo con el artículo 136 de la Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, del Código Penal, relativa a la cancelación de los antecedentes, dispone; “1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador .

2. Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables: (...)

2º) Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.

3. Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.”, por lo que, siendo la pena

principal prisión de cuatro años y tres meses de prisión, con suspensión por tres años, el plazo de prescripción es de tres años, por lo que en el momento de dictarse la resolución recurrida, no habían transcurrido y, por tanto, el recurrente tenía y tiene a fecha de hoy antecedentes penales, por lo que la resolución es correcta.

TERCERO.- Además, existe una orden de expulsión, como se desprende de la resolución recurrida, cosa no negada por la actora, de tal manera que concurre la causa de denegación prevista en el artículo 69.1.f) del Real Decreto 557/2.011, lo que supondría la desestimación del recurso. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que el recurrente es padre de un hijo español, del que sabemos que se encarga y con el que convive, puesto que consta un informe de integración a los folios 49 y 50 del expediente administrativo en el que se dice que convive con él y con su pareja y madre del menor que no ha sido contradicho por la administración, de tal manera que la desestimación del recurso conllevaría como consecuencia la salida obligatoria del recurrente y de su hijo menor de edad o supondría que el menor quedaría separado de su padre, con el perjuicio que de por sí supone. Tampoco podemos entender que, pese a la gravedad de la pena privativa de libertad a la que hemos hecho referencia, suponga peligro el recurrente, puesto que en la actualidad se halla deshabitado del consumo de sustancias tóxicas y similares y sabemos que por este motivo la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra concedió la suspensión de la pena. A mayor abundamiento, citaremos la Sentencia nº 493/2014, de 21 de noviembre, Ponente Ilma. Sra. D^a M^a Jesús Azcona Labiano de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Navarra donde en su fundamento segundo se trata de la existencia de relaciones paternofiliales y la relevancia que tienen en estos supuestos y así argumenta *“Ahora bien, es cierto también, que en el presente caso , se da la circunstancia de que a la fecha del dictado de la resolución por la Delegación del Gobierno en Navarra de denegación de la residencia solicitada, el actor contaba con tres hijos menores nacidos en España con los que convive junto con su esposa , tal y como se desprende del Informe que obra en el expediente administrativo al folio 23 de la Trabajadora Social emitido en febrero de 2.013, es decir, en fecha anterior al dictado de la resolución por parte de la Delegación del Gobierno en Navarra. La Trabajadora Social afirma que la economía se sustenta en el trabajo de la madre, encargándose el padre, el demandante, de acompañar y recoger a sus hijos del colegio en el que hacen sus estudios. Asimismo, dice que el actor” hace uso adecuado de los Servicio Sociales y que en estos meses los funcionamientos familiares del actor y su esposa en cuanto a sus hijos entran en los parámetros de una convivencia normalizada”. Este informe , emitido por quien se supone conoce “de primera mano” las circunstancias de funcionamiento familiar y social del extranjero , no ha sido desvirtuado por la Administración.*

A la vista entonces de esta realidad, tenemos que la salida obligatoria del país que se deriva automáticamente de la denegación de la autorización de residencia solicitada por el actor, no se puede llevar a cumplimiento, no se puede ejecutar, como tampoco se podría ejecutar una orden de expulsión, y ello siguiendo el criterio que viene manteniendo esta Sala y también el Tribunal Supremo, cuando se da la circunstancia que se da en el presente

caso y es , la existencia de hijos menores con los que convive el extranjero demandante y cuando se acredita , como es el caso la affectio filii .. y es que , como ya dijo esta Sala en sentencia dictada el 28 de noviembre de 2012 en el Rollo de apelación 633/2012 , la existencia de hijo menor nacido en España, es también de aplicación al régimen de las autorizaciones de residencia porque toda denegación de autorización de residencia implica per se la salida obligatoria del país de extranjero ;cierto es también, que esta circunstancia ha de ser valorada de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

Asímismo traemos a colación la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 24 de febrero de 2012 , en un supuesto muy semejante al que nos ocupa, en la que se estimaba el recurso de apelación, anulando el acto impugnado por no ser conforme a derecho, y además se reconocía el derecho al demandante a que le fuera concedida la autorización de residencia solicitada en la vía administrativa.

Volviendo a la ratio decidendi del caso , se ha de señalar que la existencia de hijo menor implica la exigencia de obligación del recurrente en el cuidado y atención del menor a su cargo y del que conserva la guarda y custodia , que a esa fecha al menos , la conservaba , una vez cumplida la pena ;no consta que se hayan vuelto a repetir hechos de la misma naturaleza que aquellos por los que se siguió causa penal contra el actor. En definitiva entonces , siguiendo el criterio de esta Sala, citamos otra sentencia de 27 de octubre de 2010, en Rollo de apelación 225/2010 , procede confirmar la resolución administrativa en lo que concierne a la denegación de autorización de residencia y revocar en cambio la orden de expulsión de salida obligatoria.

En parecidos términos se pronuncia la sentencia de esta misma Sala de fecha 23 de diciembre de 2010, dictada en el Rollo de apelación 253/2010, con estimación asimismo del recurso de apelación, estimación parcial, del recurso de apelación, confirmando la resolución de denegación de la autorización de residencia y revocando en la orden o medida de abandono de territorio español de recurrente.”. Todo lo cual conduce a la estimación del presente recurso.

CUARTO.- A la vista de lo prescrito por el artículo 139 de la Ley 29/1.998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no apreciándose imprudencia o mala fe en ninguna de las partes, no se hace expresa declaración en materia de costas.

Vistos los artículos anteriores y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO



1º) ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Beltrán, en nombre y representación de [REDACTED] contra la resolución de 22 de diciembre de 2.014 de la Delegación del Gobierno en Navarra por la que se deniega la autorización de residencia a favor del mismo, revocándola.

2º) No se hace especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en la presente instancia.

Llévese el original al Libro de Sentencias de este Juzgado.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y 219.10 contra la misma cabe recurso de apelación en ambos efectos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de quince días a contar desde su notificación, debiendo acreditarse en el momento de la interposición, haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander, cuenta número 3170 0000 85 0058 15 la suma de CINCUENTA EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; doy fe.