

Sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2019 (rec.7229/2018)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.398/2019

Fecha de sentencia: 21/10/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7229/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/10/2019

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ines Huerta Garicano

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7229/2018

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ines Huerta Garicano

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1398/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 21 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 7229/2018, interpuesto, en la representación que legalmente, por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO, contra la *sentencia de la Sección Quinta de Sala de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona nº 615/18, de 16 de julio, por la que, en vía de apelación (nº 813/16)* y con revocación de la sentencia nº 197/16, de 15 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de dicha capital, estima el P.A. 436/15, deducido frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 8 de octubre de 2015 -que anula-, reconoce el derecho de D. Olegario, a obtener la autorización de residencia de larga duración.

No ha comparecido la parte recurrida.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ines Huerta Garicano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Antecedentes administrativos:

1) Olegario, de nacionalidad boliviana -como su pareja, con la que convive y con la que tiene una hija (nacida en DIRECCION000 el NUM004 de 2015), domiciliados y empadronados en dicha localidad- solicitó -29 de julio de 2015- autorización de residencia de larga duración.

2) Por la antedatada resolución -8 de octubre de 2015- se le denegó en razón de los antecedentes penales (había sido condenado en *sentencia firme de 26 de marzo de 2015, del Juzgado de lo Penal nº 15 de Barcelona* , por un delito contra la seguridad vial -conducir sin carnet- a un mes de trabajos en beneficio de la comunidad, pena que quedó extinguida, por su cumplimiento, el 11 de diciembre de 2015).

3) El 28 de noviembre de 2015, el Sr. Olegario presentó escrito desistiendo de la petición de residencia de larga duración, optando (tal como se informó en la precitada resolución de 8 de octubre de 2015) por una segunda renovación -por dos años- de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, que le fue concedida por resolución de 28 de enero de 2016, y efectos desde el 6 de junio de 2015.

SEGUNDO. - La sentencia recurrida:

La Sala de Barcelona revocó la sentencia de instancia que, sin cuestionar la concurrencia de circunstancias de arraigo en España acreditadas documentalmente, recuerda que lo denegado es una autorización de residencia de larga duración a la que no le es aplicable el *art. 31.7 de la L.O. 4/00* y 71.5 de su Reglamento, previstos para

la autorización y renovación de autorizaciones de residencia temporal y trabajo, citados por el recurrente en amparo de su pretensión, sino el art. 149.2.f).3 del Reglamento que exigen, entre otros requisitos, que con la solicitud se acompañe certificado de antecedentes penales o el equivalente del país de origen o del país o países en los que haya residido durante los cinco últimos años <<en el que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español>> (art. 149.2.f), y su apartado 3, dispone que la Oficina de Extranjería, recibida la solicitud, además de otros informes si los considera oportuno y en lo que aquí interesa <<recabará de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales...>>, para concluir, con base en tales preceptos, desestimando el recurso por tener antecedentes penales no cancelados.

La sentencia de apelación de la Sección Quinta de la citada Sala, si bien reconoce que el art. 32 de la Ley no hace referencia a los antecedentes penales en la residencia de larga duración, si bien, en las solicitudes iniciales de residencia temporal, tales antecedentes figuran como circunstancia obstativa para su concesión, y en sus renovaciones, constituyen un elemento a valorar, <<considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad>> (art. 31.7 de la Ley). De ahí que cuando el art. 149.5 de su Reglamento prevé -respecto de las solicitudes de residencia de larga duración- que, recibida ésta, el órgano administrativo recabe el certificado de antecedentes penales, ello, a su juicio, reconduce al régimen de renovación de las autorizaciones temporales, en las que los antecedentes penales no impiden, "per se", dicha autorización sino que habrán de ser valorados -junto con el arraigo y otras circunstancias personales y familiares- conforme a los parámetros que se acaban de indicar y en función de la naturaleza de los mismos, tal como prevé el art. 6 de la Directiva. No se trata de hacer un juicio exclusivo sobre la gravedad de los antecedentes penales pues la sanción del ilícito debe limitarse a la prevista en el marco penal, sino valorar si constituyen indicios que permitan deducir un riesgo respecto a la conflictividad o la actitud antisocial que el afectado puede desarrollar en el futuro. En definitiva, sostiene la sentencia, que lo que ha de comprobarse es la adaptación y el encaje social del interesado en las reglas básicas de convivencia de nuestro país. En este caso, existe un único antecedente y de naturaleza leve (conducir un vehículo de motor sin permiso, por el que ha sido penado a 30 días de trabajos en beneficio a la comunidad), sin que concorra el presupuesto establecido en la citada Directiva, con arreglo a la cual solo podrá denegarse por motivos de orden público o de seguridad pública, tomando en consideración la gravedad o tipo de delito contra el orden o la seguridad pública, o el peligro que la persona representa, siempre a la vista de los datos de residencia y arraigo. El delito carece de esa naturaleza, habiendo quedado acreditado su arraigo familiar y laboral, por lo que revoca la sentencia de instancia y anula la resolución administrativa originariamente impugnada.

TERCERO.- Preparación del recurso de casación:

El Sr. Abogado del Estado presentó escrito de preparación de recurso de casación, en el cual, tras justificar el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó, como normas que consideraba infringidas: los *artículos 32 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con los *artículos 149 y 153 de su Reglamento de desarrollo (Decreto 557/2011 de 20 de abril)*, reseñando igualmente como infringida la *STS. Sala III de 5 de julio de 2018 (RCA 3700/17)*.

Miguel Ángel Lirio

Tras efectuar juicio de relevancia de las infracciones denunciadas, argumentó la existencia de interés casacional objetivo conforme a los supuestos contemplados en los apartados 2.a), 2.b), 2.c) y 3.a) del *artículo 88 LJCA* .

Por *auto de 23 de octubre de 2018, la Sección Quinta de la Sala de Barcelona* , tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de las actuaciones.

CUARTO.- Admisión del recurso:

Recibidas las actuaciones y personado únicamente el recurrente, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó auto el 19 de febrero del corriente 2019, que acordó (al apreciar la concurrencia de interés casacional previsto en el *art. 88.2.b) y c) LJCA*)):

<< 1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 7229/2018 preparado por la Abogacía General del Estado en la representación procesal que le es propia frente a la *sentencia nº 615/18 -16 de julio- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

2º) Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, conforme al régimen jurídico que resulta de aplicación, la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de residencia de larga duración o sí, por el contrario, procede considerar y ponderar las circunstancias concurrentes en la persona del extranjero concernido, a los efectos de concluir en su caso que no constituye una amenaza suficientemente grave y de otorgar en consecuencia la indicada autorización.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el *artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero* , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con el 149 y 153 de su Reglamento de desarrollo, Decreto 557/2011 de 20 de abril, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso>>.

En su F.D. Tercero, se informaba que, en atención a la concordancia existente entre la cuestión planteada en este recurso y la resuelta por esta *Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 5 de julio (RCA 3700/17)* , en sentido estimatorio de la pretensión de la parte recurrente, de cara a la tramitación ulterior del recurso, considerará suficiente que en el escrito de interposición manifieste si su pretensión casacional coincide, en efecto, con la que resultó estimada en la sentencia referida, o si por el contrario presenta alguna peculiaridad.

QUINTO.- Interposición del recurso:

Abierto el trámite, el Abogado del Estado , presentó escrito de interposición, en el que, además de reiterar sucintamente su escrito de preparación, destacaba <<la práctica identidad entre el supuesto enjuiciado en la mencionada *STS de 5 de julio de 2018* y el aquí planteado: en ambos se trata de antecedentes penales con condenas leves (6 meses de trabajos en beneficio de la comunidad y 31 días de trabajos,

respectivamente) y en ambos también el extranjero solicitante de la autorización de residencia de larga duración convivía con su esposa e hijo>>, instando el dictado de *sentencia en iguales términos que la de 5 de julio de 2018* .

SEXTO.- Señalamiento

Conclusas las actuaciones (al no haber comparecido la parte recurrida) y no habiéndose solicitado la celebración de vista, sin que la Sala la considerase necesaria, se señaló, para deliberación, votación y fallo, la audiencia del día 8 de octubre de 2019, que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso:

El objeto del presente recurso, conforme a lo establecido en el auto de admisión, consiste en determinar -con interpretación el *artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero* , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con el 149 y 153 de su Reglamento (Decreto 557/2011)- si la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de residencia de larga duración o sí, por el contrario, procede considerar y ponderar las circunstancias concurrentes en la persona del extranjero concernido, a los efectos de concluir en su caso que no constituye una amenaza suficientemente grave y de otorgar en consecuencia la indicada autorización, cuestión idéntica a la abordada en *nuestra sentencia nº 1150/18 de 5 de julio de 2018 (RC 3700/17)* , en la que se revocó una sentencia de la misma Sala y Sección que la aquí recurrida, en la que concurría una situación sustancialmente idéntica, salvo que el antecedente lo era por delito de tentativa de robo.

En nuestra primera sentencia, partiendo de los *artículos 32 y siguientes de la LOEX y de los artículos 147 y siguientes de su Reglamento (Real Decreto 557/2011)* , que transcribía, y que regulan el régimen de la residencia de larga duración, sin desconocer el *art. 6.1 de la Directiva 2003/109* (también transcrito) se razonaba que <<Pese a que no con la contundencia y claridad que establecen como requisito para la obtención de la autorización de residencia temporal, en el *art. 31.5 de la L.O. 4/2000* o en el *art. 64.2.b) del R.D. 557/2011* en lo relativo a la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, también el art. 149, viene a establecer similar exigencia de carencia de antecedentes penales, cuando entre la documentación a acompañar a la solicitud de residencia de larga duración, incorpora la necesidad de aportar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español, esto es, no deben constar antecedentes penales, sin que pueda sostenerse que tal referencia sólo se refiera a su aportación documental, pero no a las consecuencias derivadas de su eventual contenido.

Por otra parte no parece coherente que para la concesión de la residencia temporal se exija carecer de antecedentes penales y sin embargo para obtener una posición más beneficiosa tal requisito no sea determinante.

Tal interpretación, por lo demás no contradice el espíritu y finalidad de lo dispuesto 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,

Amigues con derechos, 65

por lo que podemos concluir 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) y que los nacionales de terceros países que deseen adquirir y conservar el estatuto de residente de larga duración no deben constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública, supuestos en los que puede incluirse la existencia de antecedentes penales>>.

Y concluía, como respuesta a la cuestión planteada, que <<la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración>>.

SEGUNDO.- La cuestión planteada es sustancialmente idéntica a la que dio nuestra precitada sentencia, criterio que, por razones de seguridad jurídica y de unidad de doctrina, mantenemos, si bien cabe matizar que ello no excluye, en razón de las concretas circunstancias sociolaborales y familiares que concurren en cada caso, su ponderación, a fin de determinar, si la denegación de la autorización de residencia de larga duración cumple el imprescindible canon de proporcionalidad.

TERCERO.-Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

Con base en lo que acaba decirse, la respuesta es que la existencia de antecedentes penales durante los últimos cinco años, impide, en principio y con arreglo a nuestro ordenamiento, la concesión de residencia de larga duración, respuesta que ha de ser matizada en el sentido de que ello no excluye, una previa ponderación, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, a la vista de las concretas y acreditadas circunstancias de arraigo socio-laboral y familiar.

CUARTO.- Resolución de las cuestiones que el recurso de casación suscita y pronunciamiento sobre costas:

1.- En este caso consta: a) El solicitante fue condenado por conducir sin carnet a una pena leve de 30 días de trabajo en beneficio de la comunidad (pena ya cumplida; b) Queda acreditado, también, su arraigo socio-laboral y familiar: tiene una hija de muy corta edad, nacida en España (y, como tal, ciudadana europea), con la que convive junto con la madre y pareja, circunstancias que, conforme a la interpretación que acaba de realizarse y desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, constituyen una excepción a la denegación de residencia de larga duración por razón de los concretos antecedentes penales aquí concernidos, lo que determina la desestimación del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

2.- Conforme a lo dispuesto en el art. 93.4 no se efectúa pronunciamiento en materia de costas.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Determinar que -con interpretación del *artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con el 149 y 153 de su Reglamento de

desarrollo (Decreto 557/2011 de 20 de abril)- la existencia de antecedentes penales impide, en principio, la obtención de la autorización de residencia de larga duración, lo que no excluye la posibilidad de ponderar razonadamente, desde una perspectiva de proporcionalidad, las concretas circunstancias acreditadas de arraigo socio laboral y familiar del solicitante, que pueden constituir una excepción en orden a la aplicación del criterio general.

SEGUNDO.-Desestimar el recurso de casación número 7229/2018, interpuesto, en la representación que legalmente ostenta, por el Sr. **ABOGADO DEL ESTADO**, contra la *sentencia de la Sección Quinta de Sala de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona nº 615/18, de 16 de julio (apelación 813/16) que se confirma.*

TERCERO.- No efectuar pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en casación (art. 93.4).

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Rafael Fernandez Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a Ines Huerta Garicano D. Cesar Tolosa Tribiño D. Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente Dña. Ines Huerta Garicano, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

Miguel Condado S. ES