



JDO. CONTENCIOSO/ADMIVO. N. 1 P.A. 84/2014
TOLEDO

SENTENCIA: 00065/2015

SENTENCIA

En Toledo a veintiséis de febrero de dos mil quince.

En nombre de S.M. El Rey, el Ilmo. Sr. D. Jose Ramón Chulvi Montaner, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Toledo, habiendo visto en primera instancia los presentes autos de recurso contencioso-administrativo nº 84/2014, seguidos a instancias de D. _____ representado y dirigido por la Letrada D^a. Lady Viviana Lozano Benavides, contra la Subdelegación del Gobierno en Toledo, representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, sobre autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de marzo de 2014 se presentó por D. _____ recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 16 de mayo de 2013, recaída en expediente nº _____ por la que se deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitada, formulando demanda en la que, tras las alegaciones de hecho y de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictara sentencia por la que se declare que la resolución recurrida no es conforme a derecho, acordando anular la misma y se dicte sentencia concediendo la residencia por circunstancias excepcionales-arraigo familiar, con imposición de costas a la demandada.

En el acto de la vista amplió el recurso contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Toledo de 19/12/2013, por la que se inadmite a trámite el recurso de reposición por extemporáneo.



SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso por el cauce del procedimiento abreviado, se citó a las partes a la correspondiente vista que tuvo lugar el día 12 de febrero de 2015, compareciendo las partes, ratificando la recurrente los fundamentos expuestos en la demanda y solicitando el recibimiento a prueba y la demandada que se opuso a la demanda y solicitó el recibimiento a prueba. Recibido el juicio a prueba y propuesta la que estimaron convenientes las partes, se practicó la declarada pertinente, formulando seguidamente las partes sus conclusiones y quedando los autos conclusos y vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna el recurrente la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Toledo de 19 de diciembre de 2013, por la que se inadmite a trámite el recurso de reposición interpuesto contra la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 16 de mayo de 2013, recaída en expediente nº _____ por la que se deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitada.

Las razones expuestas por la Administración para denegar la renovación se basan en que el solicitante tiene antecedentes penales y policiales.

El recurrente alega en su demanda que concurre los requisitos para que le sea concedida la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar ya que tiene dos hijos menores de edad de nacionalidad española y que el incidente judicial que tuvo con D^a _____ ésta le perdonó e incluso solicitó su indulto, habiendo cumplido el recurrente su condena. Añade que tiene una sentencia que acuerda la guardia y custodia compartida de sus hijos y que cumple con sus obligaciones paterno-filiales.

La Administración demandada se opone al recurso alegando que le consta al recurrente antecedentes penales y que no ha acreditado ser padre de menores españoles.

Antes de examinar el fondo de la cuestión, debemos precisar que si bien la resolución del recurso de reposición es de inadmisión a trámite por extemporaneidad, del

En el presente caso podemos estimar que se cumplen con todos los requisitos previstos en dicho artículo para tener derecho a la autorización de residencia interesada ya que el recurrente ha acreditado que es padre de dos menores de edad de nacionalidad española. Así se desprende del expediente administrativo, en el que constan certificaciones literales de nacimiento de los menores (folios 28 y 29 respecto de la menor _____ y folio 50 respecto del menor _____).

Por ello, concurre el requisito establecido en el Reglamento de ser padre de menores de edad de nacionalidad española, habiendo acreditado que si bien no tiene la guardia y custodia de sus hijos, si ostenta la patria potestad compartida con la madre, teniendo fijado el correspondiente régimen de visitas y estando a su cargo una pensión de alimentos a favor de los menores, como se acordó en auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrijos de 10 de noviembre de 2008, aportado con la demanda. Realmente la resolución recurrida no discute estas circunstancias de estar al corriente de las obligaciones paterno-filiales, pues la causa de denegación esgrimida por la Administración es tener antecedentes penales y policiales.

Pues bien, el hecho de que el recurrente tenga un antecedente penal no es obstáculo para la concesión de la autorización. Debemos traer a colación la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 2014 (recurso 13/2013), que dice:

en cuanto al hecho de si es preciso, o no, en este supuesto la concurrencia del requisito de la ausencia de antecedentes penales para la concesión de la autorización que denegaba la resolución administrativa anulada por la sentencia apelada ha de resaltarse que, en el mismo sentido en que apunta la Sentencia de la Sección segunda de fecha 18 de mayo de 2010, esta Sala y Sección se ha pronunciado, analizando un supuesto idéntico al planteado, en la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2013, en la que se dice " nos encontramos en el ámbito de una solicitud enmarcada en el ámbito del artículo

124.3 del reglamento de la Ley de Extranjería, en la redacción llevada a cabo por el RD 557/2011 de 20 de abril. En este sentido debe señalarse que en la redacción actual, el artículo 124 pasa a recoger, dentro de la figura del permiso de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo, tres modalidades, como son el arraigo laboral; arraigo social; y arraigo familiar, debiendo destacar que de la lectura del precepto se percibe como, a diferencia de los dos primeros motivos de arraigo, el apartado tercero, en ningún momento hace mención al requisito de que el solicitante carezca de antecedentes penales.

No obstante es igualmente trascendente destacar que el artículo 128.2 al regular el procedimiento para la concesión del permiso de residencia por motivos excepcionales señala: 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. Como puede observarse en este apartado se hace expresa mención a la necesidad del certificado de antecedentes penales para los supuestos de arraigo, sin hacer una expresa distinción al supuesto de arraigo familiar, lo que además debe conectarse con el hecho de que el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000 (LOE) mantiene su redacción en orden al requisito de

exigir la ausencia de antecedentes penales para la concesión del permiso, sin que efectúe distinción alguna.

Ante esta disyuntiva, es oportuno atender a la exposición de motivos del propio RD 557/2011 hace referencia a "El título V, referido a la residencia por circunstancias excepcionales, mantiene inalterada la configuración del arraigo, con dos importantes matizaciones. Por una parte, se reduce el periodo de relación laboral a acreditar en el denominado arraigo laboral; por otra parte, en consonancia con la doctrina de nuestros Tribunales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se introduce la figura del arraigo familiar para progenitores de menores españoles", referencia esta que sin duda se debe poner en relación con la doctrina elaborada por nuestro Tribunal Supremo y seguida por esta Sala en reiteradas resoluciones, en orden a imponer el deber de atender los intereses del menor español de padre extranjero, en aquellos supuestos en los que la comisión de un delito, con arreglo al artículo 57.2 de la LOE, debe comportar su expulsión del territorio nacional. Es por ello que si bien puede criticarse la técnica legislativa, por cuanto se introduce una excepción por vía de reglamento al contenido del artículo 31.5 de la propia LOE, lo cierto es que precisamente la doctrina jurisprudencial a la que venimos haciendo referencia, parte a su vez de principios de carácter constitucional, enmarcados en el artículo 39 de nuestra Carta Magna y que en el caso de los menores tiene un desarrollo explícito en el artículo 11 de la Ley 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al disponer que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes a) La supremacía del interés



del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) su integración familiar y social.

En base a estas consideraciones, la sentencia de la Sala considera que en estos supuestos de solicitudes de arraigo familiar por tener hijos españoles, no es causa de denegación la existencia de antecedentes penales.

Y en cuanto a la existencia de antecedentes policiales, si no es motivo de denegación la existencia de antecedentes penales mucho menos lo será la existencia de antecedentes policiales, siendo reiteradísima la jurisprudencia que considera que los antecedentes policiales no pueden servir para denegar la autorización de residencia.

Por todo ello, debemos concluir que se ha justificado la concurrencia de los requisitos establecidos por el Reglamento para la concesión de la autorización, por lo que el recurso debe ser estimado, debiendo la Administración conceder al interesado la autorización de residencia solicitada.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción dada por la Ley 37/2011, las costas deben imponerse a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLO

Debo estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. _____ contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Toledo de 19 de diciembre de 2013, por la que se inadmite a trámite el recurso de reposición interpuesto contra la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 16 de mayo de 2013, recaída en expediente nº _____ por la que se deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitada y debo anular las resoluciones

recurridas, reconociendo el derecho del recurrente a que la Administración le conceda la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar solicitada; con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia haciendo saber que la misma no es firme y contra ella cabe recurso de apelación que deberá interponerse por escrito ante este mismo Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación y del que conocerá, en su caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

La parte que pretenda interponer recurso contra esta sentencia deberá consignar, si no está exenta, un depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado (4298 0000 85, añadiendo número de procedimiento y el año), advirtiéndole que de no hacerlo no se admitirá a trámite el recurso, de conformidad con la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos originales, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia, estando SS^a Ilma. Celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.