



Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Décima C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-202

Recurso de Apelación 332/2023

Recurrente: D. [REDACTED]
PROCURADOR Dña. ANA TERESA DIAZ MELGUIZO
Recurrido: DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 517/2023

Presidenta:

D^a. MARÍA DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados/as:

D^a. FRANCISCA ROSAS CARRIÓN

D. RAFAEL BOTELLA GARCÍA-LASTRA

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

En Madrid, a 9 de junio de 2023.

La Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. antes expresados/as, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación contra la Sentencia Nº 46/2023 dictada con fecha 7/2/23 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 5 de Madrid en los autos de Procedimiento Abreviado Nº 401/2022, en los que se impugna la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 4/5/22 desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 28/2/22 por la que se deniega autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

Habiendo sido parte apelada en las presentes actuaciones la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia identificada en el encabezamiento se interpuso por la Procuradora Sra. Díaz Melguizo, en la representación que ostenta de D. [REDACTED] y bajo la dirección del Letrado Sr. Perille Castro, recurso de apelación ante esta Sala interesando la revocación de la misma y la estimación de la pretensión deducida con la demanda.



SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso de apelación por el Juzgado, se dio traslado a la otra parte para que en el plazo de quince días formulara oposición al mismo o, en su caso, la adhesión a la apelación. Se ha formulado tal oposición por la representación de la apelada, instándose el dictado de Sentencia por la que se desestime el recurso de apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, recibidos los autos en la Sala y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 17/5/23, fecha en que tuvo lugar tal diligencia, quedando los autos conclusos para el dictado de esta resolución, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la representación de D. [REDACTED] [REDACTED] recurso de apelación contra la Sentencia N° 46/2023 dictada con fecha 7/2/23 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 5 de Madrid en los autos de Procedimiento Abreviado N° 401/2022. La resolución apelada desestimó el recurso formulado contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 4/5/22 desestimatoria del recurso de reposición dirigido contra la Resolución de fecha 28/2/22 por la que se denegó autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

En disconformidad con la citada Sentencia, se interesa su revocación y que, con estimación de la demanda, se anule la actuación recurrida y se otorgue la autorización concernida. Trayendo a colación los antecedentes que entiende relevantes, articula la apelación sobre la base de los tres motivos que entiende habrían resultado decisivos para la desestimación del recurso:

-En primer lugar, advierte que la Juzgadora de instancia se apoyaría en la existencia de un *"informe negativo de integración social"*. Niega la existencia en el expediente del mismo y atribuye por ello a la Sentencia error en la valoración de la prueba. Observa en todo caso que, con arreglo al artículo 124.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RLOEX), resulta preceptivo el informe de arraigo o informe de integración siempre que no existan vínculos familiares referidos, entre otros, a los ascendientes. Resalta que estaría acreditado que el apelante convive con su progenitora, residente legal en España [folios 48 y 49 e.a.].

-En segundo término, sostiene que también yerra la Juzgadora *"a quo"* cuando alude a la existencia de una *"medida de expulsión no ejecutada"* respecto del solicitante. Apunta a que la misma tampoco constaría en el expediente y, de hecho, la única referencia a la misma se

contendría en la resolución denegatoria de fecha 28/2/22. Señala que lo que sí que consta en el expediente es un Informe del Registro Central de Penados (en el que se refleja una condena del año 2017, antecedente penal que sería cancelable) [folio 76 e.a.] así como un Informe de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras (en el que se alude a la existencia de sendos antecedentes policiales que ni siquiera se mencionan en la Sentencia) [folio 77 e.a.]. Sea como fuere, aduce que, de constar la existencia de una orden de expulsión no ejecutada, entraría en juego el artículo 241.2 RLOEX en cuanto a la “*conurrencia de procedimientos*”, extremo que sí recogería la Sentencia.

-Finalmente, califica de “*hecho fáctico*” la circunstancia expresada en la resolución apelada y atinente a la denegación de autorización de residencia de larga duración al recurrente por ausencia del territorio nacional. Admite tal extremo y lo atribuye, en efecto, a los viajes que habría tenido que realizar a su país de origen “*durante una temporada por problemas familiares*”. Descarta en cualquier caso dispensar cualquier relevancia a tal aspecto.

Frente a lo anterior, la representación de la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MADRID se opone parcamente a la apelación afirmando, de una parte, la existencia de Informe negativo de integración social. Remite para ello al obrante al folio 77 e.a. y solicitado por la Delegación del Gobierno de Madrid - Área de Trabajo y Asuntos Sociales a propósito de la autorización de residencia concernida. De otra, afirma en el mismo sentido la existencia de orden de expulsión no ejecutada. Subraya que habría sido el propio recurrente el que admitiría su existencia en el folio 98 e.a.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de los motivos en los que la apelación se funda, es preciso traer a colación los argumentos que como “*ratio decidendi*” la Sentencia ofrece:

-La Sentencia Nº 46/2023, dictada con fecha 7/2/23 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 5 de Madrid en los autos de Procedimiento Abreviado Nº 401/2022, desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 4/5/22 desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 28/2/22 que denegó autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Ello sin hacer expreso pronunciamiento en costas [Fallo y F.D. 4º].

-Tras exponer la actuación impugnada y las respectivas posiciones de las partes [F.D. 1º], discurre por el régimen normativo de aplicación [F.D. 2º] para acabar destacando que «*para poder obtener la autorización de residencia temporal inicial solicitada, que lo era por "circunstancias excepcionales de arraigo", es preciso que el recurrente acredite carecer de antecedentes penales y señala la parte recurrente que se presenta certificado de antecedentes penales del Ministerio de Justicia de fecha 23 de marzo de 2022 en el que se indica que no constan antecedentes penales. La fecha de la resolución denegando autorización de residencia por circunstancias excepcionales es de fecha 4 de mayo de 2022. En cuanto a la orden expulsión, señala la parte recurrente, que resulta de aplicación el artículo 124 del Real Decreto 55/2011*» [F.D. 3º].

-Se extracta seguidamente tanto Sentencia de esta Sala que no se identifica (relativa a la *«incidencia de una orden de expulsión previa como causa optativa a la concesión de una*

autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo») como los artículos 57.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) y 241.2 RLOEX. Ello para concluir que «nos encontramos por una parte, en presencia de un procedimiento relativo a una autorización de residencia por circunstancias excepcionales -autorización por arraigo con informe negativo de integración social- y en el curso del mismo se ha constatado contra el solicitante una medida de expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en la letra a) artículo 53.1 de la citada Ley Orgánica, y así mismo consta con carácter previo una denegación de residencia de larga duración por ausencia del territorio nacional, por lo que analizadas las circunstancias concurrentes, procede la desestimación del presente recurso» [F.D. 3º].

TERCERO.- Expresada la razón para decidir de la Sentencia objeto de apelación y fijadas las respectivas posiciones de las partes, debe partirse de que se está ante la solicitud por parte del recurrente, ciudadano marroquí nacido el 19/3/95, de autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo social ex artículo 124.2 RLOEX.

Cabe recordar que, conforme al artículo 124.3 RLOEX, por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años. Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los requisitos que se relacionan y entre los que se incluyen el carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años (apartado 124.2 a) RLOEX). Se exige también *“tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual”* (artículo 124.2 c) RLOEX).

La denegación en este caso aparece fundada en la existencia de un antecedente penal, el cual vendría dado por ser *«condenado en sentencia firme de fecha 23/06/2017, seguida por el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid. Ejecutoria 1341/2017, por un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar»*. Asimismo, se refiere que, *«solicitados en la Instrucción del procedimiento los informes preceptivos se constata la existencia de un informe gubernativo previo desfavorable; Expulsión arto 53.1.a) (artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero y artículo 69.1 apartado e) del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril»*. Se concluye así que el solicitante *«constituye una amenaza real y grave para los intereses fundamentales de la sociedad en orden a la seguridad pública y a una tranquila convivencia social»*. Con la desestimación de la reposición nada se añadía.

Como se pone de manifiesto con la apelación, el primero de los elementos en los que la denegación de la autorización se basaba era la existencia de antecedentes penales. En efecto, si se examina el expediente, consta al folio 76 certificación de fecha 23/6/21 de los antecedentes penales del recurrente, donde figura precisamente esa condena por violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar (artículo 153 CP), con fecha de comisión 21/6/17 e impuesta por el Juzgado de Instrucción Número 21 de Madrid en virtud de Sentencia de fecha 23/6/17, ejecutada por el Juzgado de lo Penal Número 32 de Madrid. La pena que se le impuso fue la de 24 días de trabajos en beneficio de la comunidad y accesorias.

Atribuye el apelante error en la valoración de la prueba a la Juzgadora “*a quo*” por cuanto no habría tenido en cuenta que el antecedente penal estaba cancelado. Efectivamente, consta en el expediente [folio 104 e.a.] certificado del Registro Central de Penados de fecha 23/3/22 en el que se expresa que el recurrente carece de antecedentes penales. Repárese en que la propia Sentencia admite la existencia de tal certificación y el que la misma es de fecha anterior a la resolución denegando la autorización de residencia por circunstancias excepcionales [F.D. 3º]. Sin embargo, ninguna conclusión acerca de tal evidencia expresa, siendo así que no considera que el óbice que para la concesión de la autorización representaba el antecedente penal habría quedado enervado tras constatarse que el mismo se encontraba cancelado en fecha anterior a la resolución por la que se deniega la autorización.

Por otra parte, en lo que hace al Informe que se emite por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras en fecha 2/7/21 y que se califica como «*desfavorable*» al constar sendos antecedentes policiales [folio 77 e.a.], cabe resaltar que en él se mencionan sendas diligencias policiales respecto del recurrente: una de 2019 y otra de 2017, por delitos respectivos de resistencia/desobediencia y malos tratos en el ámbito familiar, siendo así que esta última se correspondería con la condena penal referida y ya cancelada. Sucede, sin embargo, que la mera existencia de ese antecedente policial (de cuyo recorrido en sede procesal ninguna información se suministra) no puede oponerse sin más al otorgamiento de la autorización.

En última instancia, también se fundó la denegación de la autorización en la eventual existencia de una orden de expulsión. Sin embargo, al margen de que esta, por sí misma, no podría abocar a la denegación de la autorización, no debe perderse de vista el que tal supuesta orden de expulsión ni consta en el expediente ni tampoco en el mismo aparece indicación alguna que lleve a colegir el que efectivamente se hubiese dictado.

Sobre la base de cuanto antecede, ninguna de las razones que se oponían a la autorización en la denegación administrativa aparece justificada, debiendo, además, entenderse acreditado por parte del recurrente la existencia de los vínculos familiares a los que se refiere el artículo 124.2 c) RLOEX y, en particular, se justifica empadronamiento junto a su madre, D^a. [REDACTED], así como el que esta última cuenta con autorización de residencia de larga duración que autoriza a trabajar con vigencia hasta el 24/5/25.

Se sigue de lo anterior que procede estimar el recurso de apelación y, en su consecuencia, también estimar el recurso contencioso-administrativo, anular la actuación administrativa recurrida en la instancia por no ser conforme a Derecho y reconocer el derecho a obtener la autorización de residencia por circunstancias excepcionales interesada.

CUARTO.- La estimación del recurso de apelación comporta el que no proceda la imposición de costas en esta alzada [artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)]. Igualmente, no procede la imposición de costas generadas en la instancia habida cuenta de las serias dudas de hecho y de derecho que cabe apreciar que el caso planteaba (artículo 139.1 2º LJCA).

Viendo los preceptos citados y demás de general aplicación,



FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. [REDACTED] [REDACTED] contra la Sentencia Nº 46/2023 dictada con fecha 7/2/23 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 5 de Madrid en los autos de Procedimiento Abreviado Nº 401/2022, acordando la revocación de la misma.

Que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. [REDACTED] [REDACTED] contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 4/5/22 [desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 28/2/22 por la que se deniega autorización de residencia por circunstancias excepcionales], se anula tal actuación por ser contraria a Derecho, declarando el derecho del solicitante a obtener la autorización en cuestión.

Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 4982-0000-85-0332-23 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 4982-0000-85-0332-23 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se dejará testimonio completo en el ramo de Apelación Nº 332/2023, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.