



Roj: **STSJ CLM 148/2015 - ECLI: ES:TSJCLM:2015:148**

Id Cendoj: **02003330022015100027**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **06/02/2015**

Nº de Recurso: **194/2013**

Nº de Resolución: **10020/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JAIME LOZANO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 10020/2015

Recurso Apelación núm. 194 de 2013

Toledo

S E N T E N C I A Nº 20

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibañez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a seis de febrero de dos mil quince.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **194/13** del recurso de Apelación seguido a instancia de **D. Moises**, representado por la Procuradora Sra. Arcas Martínez y dirigido por el Letrado D. Julio Moraleja Rubín de Celix, contra la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN TOLEDO**, que ha estado representado y dirigido por el Sr. Abogado del Estado, sobre **PERMISO DE RESIDENCIA**; siendo Ponente el Itmo. Sr. Magistrado D. Jaime Lozano Ibañez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Toledo, nº 3, de fecha 23 de noviembre de 2012, número 251, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 100/2012. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Moises (pasaporte marroquí nº NUM000 y NIE NUM001) contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Toledo, de 17 de enero de 2012, denegatoria de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que había sido solicitada por el interesado.



SEGUNDO.- El demandante interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 2 de febrero de 2015; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se recurre contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Toledo, nº 3, de fecha 23 de noviembre de 2012, número 251, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 100/2012, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Moises contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Toledo, de 17 de enero de 2012, denegatoria de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que había sido solicitada por el interesado.

La resolución administrativa entendió que el interesado había solicitado un permiso por arraigo social del art. 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, y denegó la autorización interesada por las siguientes causas: - Por no ofrecer garantías el contrato de trabajo presentado, al no estar la empresa contratante al corriente pago de las deudas de la Seguridad Social, de modo que no hay garantías de obtención de medios de vida suficientes para él y su familia; - Por no aportarse certificado de antecedentes penales de su país de origen (Marruecos); - Por constar al interesado antecedentes penales en España; - Por constar antecedentes policiales (la mención que se hacía al " art. 53.i", en cuanto a un informe gubernativo desfavorable, debe tenerse por no hecha, porque la misma se refiere al antiguo reglamento de Extranjería, cuando la Administración se supone está aplicando el nuevo).

En el escrito de demanda el interesado manifestó que la denegación vulneraba el principio de proporcionalidad; que cuenta con arraigo en España, tanto familiar como laboral y económico, pues lleva aquí desde 2001, ha disfrutado de permiso de residencia y trabajo, cuenta con domicilio propio y convive en el mismo con su esposa e hija menor, ambas con permiso de residencia permanente y ambas en proceso de adquisición de la nacionalidad española; se aportaba certificado de ausencia de antecedentes penales en Marruecos. Indicó que la situación económica de su familia era la misma que la de muchas familias españolas en época de crisis; que desconoce si la empresa está o no al corriente de la SS; pero que en cualquier caso debería darse le la oportunidad de aportar nuevo contrato de trabajo su eso es así; en cuanto a los antecedentes en España, indicó que estaban en situación de ser cancelados; en cuanto a los antecedentes policiales, señaló que son inexistentes y que uno se refiere a otro extranjero con un NIE diferente, y el otro se refiere a una causa donde únicamente fue citado en calidad de testigo. Indicó que en cualquier caso podría obtener la autorización por reagrupación familiar, y que no debe olvidarse que tiene una hija española, siendo el interés de esta preferente.

La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo, asumiendo como causas adecuadas de denegación del permiso la existencia de antecedentes penales en España, no desvirtuada por el interesado.

El interesado apela la sentencia, insistiendo en su arraigo familiar, y en el hecho que afirma de ser padre de una menor de nacionalidad española, insistiendo en que los antecedentes penales están en situación de poder ser cancelados.

El Abogado del Estado contestó a la apelación oponiéndose a la misma y señalando: - Que la afirmación del actor de que tiene una hija española es una ficción, siendo total y rotundamente falso, pues sólo consta la realización de un trámite en 2011; - Que no puede probarse que el interesado carezca de antecedentes penales en Marruecos, dadas las anomalías del documento aportado; - Que los motivos estimados por la resolución administrativa impugnada deben ser mantenidos y aceptados.

SEGUNDO .- La resolución administrativa y la sentencia de instancia son correctas en tanto niegan al recurrente la posibilidad de obtener el permiso extraordinario por arraigo social del art. 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, dado que, aparte de los demás motivos, la existencia de antecedentes penales es circunstancia que lo impide, y los que posee, en contra de lo que afirma, no están, por su fecha, en situación de ser cancelados.



TERCERO .- Dicho lo anterior, no cabe olvidar que el interesado no pidió exactamente un permiso del 124.2, sino que en su solicitud no especificó el supuesto de circunstancia excepcional al que se acogía (folio 1 del expediente). El interesado viene indicando desde la vía administrativa que su mujer e hija están sujetas a proceso de nacionalización y en el recurso de apelación ya afirma directamente que es padre de una hija española, Ángeles . Parece que efectivamente el recurrente no diferencia con precisión entre estar en proceso de nacionalización y estar ya nacionalizado, pero lo cierto y verdad es que según se desprende de la documentación obrante en autos y de las posibilidades de averiguación que la misma ofrece expresamente (documento 7 de la demanda, resolución de la Subdirectora General de Nacionalidad y Estado Civil de 19 de octubre de 2011) puede verificarse fácilmente que mediante resolución de la DGRN de 7 de mayo de 2013 se concedió a la hija del actor, Ángeles , la nacionalidad española, con inscripción mediante nota marginal el Registro Civil el 17 de enero de 2014. La introducción de este dato en la causa no causa indefensión alguna al demandado por ser un acto, precisamente, propio del mismo, y en cualquier caso más que hecho nuevo simple despliegamiento natural del hecho ya alegado desde un inicio, aparte de que aún de no ser así se trata de una resolución administrativa de posible toma en consideración (art. 460 en relación con el art. 271.2 de la LEC).

Siendo así, aunque el permiso esté bien denegado como permiso del art. 124.2 del Reglamento, es obvio que el interesado puede estar en el caso del art. 124.3, que es mucho menos exigente en cuanto a los requisitos demandados y que contempla un permiso por arraigo familiar, sin más requerimientos, "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". Lo cual casa perfectamente con el hecho de que el interesado, como padre de un español, no puede ser objeto de expulsión, según hemos declarado en numerosísimas sentencias. Por otro lado, que el interesado fuera condenado por un delito en el ámbito familiar, según alega el Abogado del Estado, no elimina las obligaciones inherentes a la patria potestad, a no ser que haya privación de la misma, cosa que no consta en absoluto. De modo que el interesado debe poder obtener este permiso siempre que no conste que se le privó de la patria potestad y demuestre razonablemente o bien que convive con la hija, o bien que atiende a sus obligaciones paternofiliales, señaladamente las de carácter económico.

CUARTO .- En cuanto a las costas de esta instancia, y por aplicación del artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , no procede su imposición a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

FALLAMOS

1- Estimamos parcialmente el recurso de apelación, en el exclusivo sentido de declarar que D. Moises (pasaporte marroquí nº NUM000 y NIE NUM001) puede solicitar y debe tramitarse permiso de residencia por arraigo familiar del art. 124.3.a del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril , en relación con su hija menor española Ángeles .

2- No hacemos imposición de las costas procesales.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Loza no Ibáñez, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a seis de febrero de dos mil quince.